

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

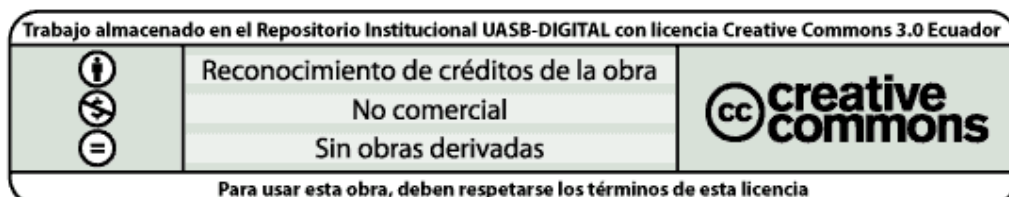
Programa de Maestría en Derecho de la
Contratación Pública

**Relevancia jurídica de la motivación de los actos
administrativos en materia de contratación pública**

Autor: Juan Marcelo Huaca Escobar

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmache

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de Tesis

Yo, Juan Marcelo Huaca Escobar, autor de la tesis intitulada “*Relevancia jurídica de la motivación de los actos administrativos en materia de contratación pública*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

Resumen

El objetivo del presente trabajo investigativo es destacar lo relevante que jurídicamente es la motivación en materia de contratación pública y que la Administración Pública debe observar a fin de que sus decisiones sean razonadas y explicadas con un lenguaje claro, convincente para que sean legitimadas por las personas que participan en los procesos de compras públicas. Los efectos jurídicos de la ausencia de motivación es la indefensión de las partes contractuales, y que sean declaradas nulas, con la sanción a los responsables. La motivación es la relación directa entre los fundamentos de hecho y de derecho, conforme prescribe el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República y el Art. 100 del Código Orgánico Administrativo.

La contratación pública es una actividad importante en el desarrollo económico y social del Estado, para el cumplimiento de sus fines, por los grandes recursos económicos y humanos que intervienen permitiendo que la economía se desarrolle, para alcanzar el bienestar de la población, por ello se hace necesario que las Instituciones del Estado brinden confianza, observando los principios de legalidad, trato justo, calidad, igualdad, oportunidad, transparencia, publicidad, vigencia tecnológica, concurrencia y participación nacional, cuya interpretación será precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

En la presente investigación, se demuestra la relevancia jurídica de la motivación en los actos administrativos en materia de contratación pública, conforme ha sido abordada por las fuentes del Derecho como la Constitución, la ley, la doctrina, y la jurisprudencia. Se procede a tomar algunos procedimientos de cotización de obras, realizados por varias Instituciones Públicas, a fin de establecer si fueron debidamente motivados conforme lo señalan las disposiciones Constitucionales y legales de la calificación de las ofertas, Resolución de Adjudicación del Contrato y Resolución de Terminación Unilateral del Contrato,.

Siguiendo la misma línea argumentativa se procede a una posible implementación de ciertos cambios que la Administración debe tomar en cuenta para que la Administración motive adecuadamente sus decisiones.

Dedicatoria

A mis hijos Juan Francisco y Cristina Jazmín, por ser mi razón de seguir luchando día a día en mi crecimiento personal y profesional para brindar ejemplo a seguir a lo largo de su vida, en especial, ser su apoyo incondicional en el presente y futuro, ante los momentos de felicidad o tempestad, como padre y muy en especial como amigo.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, por brindarme la oportunidad de cursar el programa de Maestría en tan honorable casa de estudios del Ecuador.

Al honorable Juan Francisco Díaz Colmache, por su acompañamiento constante en el desarrollo de este proyecto para la obtención del título de Magíster, representando un apoyo esencial en este logro académico.

Índice de contenido

Capítulo primero.....	7
Generalidades de la Administración Pública en el Estado Constitucional.....	7
1.2.3. La motivación según la Jurisprudencia	18
1.3. La argumentación en los actos administrativos	31
Capítulo segundo.....	38
La motivación en los actos administrativos en materia de contratación pública.....	38
2.1. Generalidades de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	38
Capítulo tercero	56
Análisis de procedimientos de cotización de obras realizados por algunas Instituciones del Estado en relación a la motivación	56
3.1. Análisis de la motivación en la calificación de las ofertas en el procedimiento No. COTO-GPM-002-2017	56
3. 3. Resolución de Terminación Unilateral del Contrato No. 055-PRAS- 2016.....	64
Conclusiones y Recomendaciones.....	69
Bibliografía	72
Anexos	77

Capítulo primero

Generalidades de la Administración Pública en el Estado Constitucional

La Administración Pública nace en el texto Constitucional, que está integrada por todas las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, quienes actúan dentro de sus competencias, a fin de que sus decisiones sean legítimas, garantizando así los derechos fundamentales de libertad y propiedad de los ciudadanos no sean vulnerados ni violentados y que se alcance el bien común y la justicia social¹. El Ecuador es un Estado Democrático, Pluricultural, cuya soberanía radica en la voluntad del pueblo, que se ejerce a través de los órganos del poder público.

Con la vigencia de la Constitución del año 2008, se estableció cinco Funciones: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Transparencia y Control Social y Electoral. Cada una de estas emite actos administrativos dentro de sus competencias,² que tienen efectos jurídicos. Todas estas actuaciones, están revestidas por el principio de autotutela que presenta características, como la presunción de legitimidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad y la revocatoria.

En el Estado Constitucional de Justicia y Derechos, cuyo paradigma del Neoconstitucionalismo, limita al poder público a la Constitución, que se deben garantizar los derechos tales como: el derecho a una vida digna, a la igualdad, a opinar y expresar su pensamiento libremente, a la libertad de contratación, al honor y al buen nombre, a vivir en un ambiente sano, a servicios públicos y privados de calidad, a la propiedad³, que integran la estructura, en la parte Orgánica constan las Instituciones con las respectivas competencias, encargadas de materializar los derechos establecidos en el ordenamiento estructural⁴.

El derecho público regula la estructura y el funcionamiento del Estado,⁵ cuyas competencias y facultades se realizan a través de principios y normas jurídicas, conforme lo dispone el Art. 227, de la Constitución de la República, cuando establece

¹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo I (Lima: Palestra Ed., 2010), 69-0.

² *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], (Quito: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización), 117.

³ *Ibíd.*, Art. 66, 28.

⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, (Quito: Ed. Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 122-140.

⁵ Francisco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, (España: Ed. Comares, 2006), 12.

que “la Administración Pública, es un servicio a la colectividad basada en los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.⁶ Por tanto, corresponde al Estado plasmar la garantía del bien común, mediante el funcionamiento de organismos creados por el Constituyente.

En este sentido, “la función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo “administrar” significa “servir a” (administrare, ad, a, ministrare, servir). Así, la administración se presenta como una “acción” encaminada hacia un fin”.⁷ La etimología presentada, concentra de modo objetivo la palabra administrar, aquí no tiene relevancia el órgano o su ejecutor, por lo que bien podría entenderse, que en las funciones del Estado hay administración. Sin embargo, al remitir el sentido subjetivo, la Administración Pública implica una organización, una estructura, una coordinación, un conjunto orgánico, al que bien define Dromi como un “aparato administrativo”.⁸

El servidor público, tiene como función primordial materializar los fines del Estado, dado que posee la investidura para actuar conforme faculta la Constitución y la Ley, garantizando de esta manera que sus decisiones sean legítimas y no arbitrarias o ilegales, que puedan afectar los derechos y garantías fundamentales del administrado. Tales actuaciones se realizan, mediante actos administrativos regulados por las normas jurídicas que integran el Derecho Administrativo, y que permitan el desarrollo del país, dictando políticas públicas en el campo social, cultural y económico.

El artículo 225 de la Constitución menciona cuales son los organismos pertenecientes al sector público,⁹ prevaleciendo por su tamaño y competencias la Función Ejecutiva, en la cual, la máxima autoridad viene representada por el Presidente de la Republica; Jefe de Estado y de Gobierno responsable de la Administración Pública. El Ejecutivo, dentro de sus facultades reglamentarias, expidió el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), todavía en vigencia hasta que el Código Orgánico Administrativo COA, aprobado por la Asamblea Nacional promulgado en el Registro Oficial 31 de 07 de julio de 2017,

⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, 117.

⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, (Buenos Aires, 2001), 148.

⁸ *Ibíd.*, 122.

⁹ *Constitución de la República del Ecuador*, 117.

cuya vigencia, empieza un año después de la promulgación del Registro Oficial, tiene por objeto, regular el ejercicio de la función administrativa que conforman el sector público, bajo los principios de jerarquía, cooperación, coordinación, tutela y legalidad.¹⁰

La Administración, investido de legitimidad, realiza diferentes actividades dentro de sus competencias, materializadas a través del conocido acto administrativo definido por el COA en su artículo 98 como “toda declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa”;¹¹ Además, para que “el acto administrativo sea válido, debe cumplir con los siguientes requisitos: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación”.¹²

Los actos administrativos, tienen efectos jurídicos, generales o individuales y para alcanzar su legitimidad deben ser notificados al administrado, presumiéndose de legítimos en razón de su cumplimiento a partir de su dictamen; que pueden ser impugnados cuando el administrado considera, que sus derechos han sido violentados o conculcados, conforme las disposiciones estipuladas en el COA.¹³

1.1. La motivación en los actos administrativos

Previo a realizar el análisis de la motivación, es necesario efectuar un breve estudio sobre el acto administrativo según la ley y la doctrina.

1.1.1. Acto administrativo

La Administración Pública, dentro de sus competencias realiza una serie de procedimientos administrativos que se denominan actos administrativos, que según (Enterria 1997, 539), manifiesta que “el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad, que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma”¹⁴. Dicho, acto conforma “el término genérico que comprende aquellas manifestaciones normativas de carácter general que eventualmente generan situaciones jurídicas, tanto para la administración como para los administrados.”¹⁵.

¹⁰ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Administrativo*, [2017], Ley No. 0, en el Registro Oficial (en lo adelante RO), No. 31, (Quito, 07 de julio de 2017). En adelante, se cita como COA.

¹¹ *Ibíd.*, 98.

¹² *Ibíd.*, 99.

¹³ *Ibíd.*, Art. 101, 217, 219, 18, 22.

¹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Madrid; Civitas, 1997), 539.

¹⁵ Jaime Orlando Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo; Introducción a los Conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*, (Universidad Externado de Colombia, 1996), 446.

La administración pública, regida por los principios de eficacia, calidad, eficiencia, jerarquía, coordinación, transparencia, juridicidad, participación, proporcionalidad, buena fe, entre otros principios, ejerce la potestad administrativa. En cuanto, a sus actuaciones, estas se sustentan en la Constitución, Leyes, Decretos, Estatutos, Ordenanzas, Reglamentos, Instrucciones y Circulares que dentro de sus actividades son: actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y acto normativo de carácter administrativo conforme lo dispone el Art. 89 del COA.

La doctrina, define al acto administrativo, como:

Un conjunto de preceptos jurídicos enmarcado dentro de las leyes de la República dictados por los órganos competentes de la Función Administrativa, previo estudio e informes que justifiquen su legalidad, legitimidad y oportunidad, destinados a regular los actos administrativos y promover una correcta utilización de los recursos públicos en las entidades y organismos del sector público, con el objeto de buscar la efectividad, eficiencia y economía en la gestión institucional, que entran en vigencia a partir de la publicación del Registro Oficial.¹⁶

Existe una variedad de discusiones, entre que, si son declaraciones unilaterales o bilaterales, individuales, unilaterales o generales. Es decir con su alcance, así como de otros elementos constitutivos y con los efectos del acto administrativo. Pero, la mayoría de estudiosos como Cassagne, Escola, Gordillo, Sayagués Laso, atribuyen a esta figura jurídica características definidas, tal como lo hace (Dromi 2001, 345), cuando señala que el acto administrativo, es “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de manera directa”.¹⁷

En este sentido, el acto administrativo, es una declaración, así como un ejercicio intelectual, que se exterioriza de forma escrita o por signos convencionales que son dirigidas al fin de la Administración, como por ejemplo: la delegación, nombramiento, sanción. Es unilateral, por cuanto nace de la sola voluntad del Estado a través de cualquiera de las funciones estatales (ejecutiva, legislativa, judicial), o de otros entes particulares como el caso de corporaciones profesionales a través de concesiones. Es productor de “efectos jurídicos, entendiéndose que genera derechos y obligaciones,

¹⁶ Hernán Jaramillo Ordoñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., (Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa), 219.

¹⁷ Dromi, *Derecho Administrativo*, 345.

puesto que no toda actividad de la administración produce efectos jurídicos que son directos, es decir que son intrínsecos a él, dependen exclusivamente de su existencia y no requiere de acto posterior para activarlos materializando los principios de legalidad y ejecutividad”.¹⁸

1.1.1. Actos administrativos reglados y discrecionales

Todas las decisiones de la Administración como la concesión, la sanción, el permiso, la renuncia, se fundamentan en la norma jurídica que muchas veces tiene vaguedades, es indeterminada, hipotética y abstracta, que se traduce en que las decisiones exista cierta discrecionalidad que trata la norma de que sea mínima y sea reglada a fin de evitar los excesos o las arbitrariedades, por eso es necesario que expliquen de manera suficiente sobre la pertinencia de la norma jurídica y como este se encuadra con los hechos sucedidos, es decir que exista la motivación en todas las decisiones que afectan derechos de los ciudadanos.

1.1.1.1 Actos Reglados

El funcionario competente, al momento de decidir, se encuentra limitado en diversos aspectos, de manera que las circunstancias que están el hecho, el tiempo, el modo y otras consideraciones legales, las cuales están plenamente previstas y reguladas, donde la norma comprende la oportunidad, el mérito, la conveniencia y la consecuencia jurídica respectiva. Es decir, que prevén el sentido o contenido del acto. Por lo tanto, no se deja ningún aspecto ambiguo, ni concede libertad alguna para apartarse de la forma, como se den, tales aspectos en la realidad.

Corroborando, estos señalamientos, se plantea entonces que “el acto reglado es aquel que está sometido a un régimen específico, establecido en forma clara, precisa y concreta por la Constitución, la ley o reglamento, sin que pueda salirse de los límites legales”¹⁹. Por ello, es necesario la motivación, que se encuentra estrictamente en la norma que abarca de manera inequívoca los hechos tratados, que son los antecedentes estipulados o convenidos, lógicamente que llevara a una decisión inobjetable, cuando el proceso intelectual ha sido resuelto.

El funcionario competente, está vinculado íntimamente de forma semántica con la norma jurídica, puesto el mérito que preestablecen su emisión y sus efectos. En la actualidad, las resoluciones deben sujetarse a los requisitos, internos y externos,

¹⁸ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Volumen I, (Madrid: Ed. Tecno S.A., 1994), 407.

¹⁹ Ordoñez, *Manual de Derecho*, 209-10.

cuyo cumplimiento arrojan a la vida jurídica con todo éxito. Recordando que, toda decisión, tiene cierto grado de subjetividad para que no exista la discrecionalidad absoluta. Es por ello, que los dos elementos en mayor o menor grado coexistirán en toda decisión.

En necesario, por tanto, que el funcionario analice la necesidad y valoración de lo fáctico, no debe responder solamente a aspectos técnicos, jurídicos y axiológicos, como la razonabilidad, proporcionalidad, la eficacia, la equidad, el bien común y el interés general, etc.; es importante además de someter al propósito y los objetivos de la administración en tanto exista norma que los comprenda, dejando en aptitud a la autoridad de tomar una decisión completamente motivada.

1.1.1.2. Actos Discrecionales

Los actos resultan de facultades en cuyo ejercicio comprende a escoger libremente la oportunidad para su expedición, y/o determinar el contenido o sentido de la resolución, además valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así, como el destinatario del acto, por ello son denominados también actos de poder, donde la potestad de la autoridad se asiste de “prudencia, sensatez y la reserva que la ley le otorga dentro de la esfera de su competencia”.²⁰

Las facultades otorgadas al funcionario para disponer y la libertad para resolver, determina el grado de discrecionalidad del acto administrativo, cuantas más atribuciones tiene, en relación a la oportunidad, al mérito, al destinatario o a la conveniencia, la ley le entrega a la autoridad mayor libertad, más aún si estas variables son concurrentes. Por esto, los actos pueden tener mayor incidencia o no, en el grado de discrecionalidad, en relación al contenido, oportunidad y conveniencia.

Por su parte, el Presidente Gustavo Noboa Bejarano, mediante Decreto Ejecutivo, expidió el “Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública”,²¹ dándole relevancia a la finalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión, determinando que “la motivación se constituye necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión”²². Por lo tanto, los actos discrecionales se tamizan

²⁰ *Ibíd.*, 210.

²¹ Gustavo Noboa Bejarano, Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado en el Registro Oficial No. 686, “*Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*”. (12 de octubre de 2002), 156.

²² Ecuador: Constitución de la República del Ecuador, Artículo 4, 2.

por la justificación que la autoridad argumente para tomar la decisión, ya que los otros elementos del acto administrativo están perfectamente delineados, siendo la justificación el instrumento de control para evitar la desviación de poder.

La administración formaliza que el acto de discrecionalidad, es un juicio de oportunidad, ya que su conducta no está exhaustivamente determinada por normas legales, sino por la finalidad de cumplir dentro del marco legal, inclusive se basa en valores morales, reconociendo las situaciones sujetas a su vigilancia o control, a fin de establecer los supuestos de hecho que le permiten tomar las medidas adecuadas valorando su mérito en relación al interés general y al bien común, a fin de no incurrir en lo arbitrario, pues las medidas que el acto requiere proporcionalidad adecuada a la finalidad que se persigue, con pleno apego al ordenamiento jurídico (razonabilidad), respetando el procedimiento normativo pre establecido, que permita valorar las posibles alternativas y la relación costo-beneficio de cada una, incluido el impacto ambiental, ecológico, de seguridad, entre otros.

Esta forma de ver la discrecionalidad, es restringida, doctrinariamente hablando, por cuanto la relación de los conceptos jurídicos indeterminados, el “bien público”, el “interés público”, la “oferta más conveniente”, “en pro de los intereses institucionales”, “en aras de la institución”, son situaciones que lejos de motivar la decisión, la dejan en franca vulnerabilidad.

Dichos conceptos, en un Estado social de derecho, se vuelven aún más difusos o latos, pues a lo largo de la Constitución y algunas de sus leyes, se menciona con un sentido más declarativo, tratando de abarcar tantas cuantas situaciones pudieren, que hace indispensable no dejar al azar o voluntad de quien pudiere invocarlas para resolver. Las lenguas mueren, como murió el sánscrito y el latín, pero la ley permanece, aun cuando la humanidad cambie sus conceptos y las posturas de un conglomerado, no tengan igual connotación.

En el Derecho Público, se ha de evitar la infinidad de apreciaciones que pueden surgir, si se sueltan conceptos tan complejos como imprecisos sin darles el sentido que cada situación, puede brindar.

La norma mencionado asistido en la doctrina, señala que estas fórmulas elásticas dejan un amplio margen de interpretación que deben ser manejados por la administración de una manera más restringida en su sentido material, de forma que los hechos sean concretos, proyectando un perfil exhaustivo de la situación que ha de manejar la autoridad sea determinable y la solución aplicada sea el corolario de los

antecedentes inmediatos que se presenta, lo que inevitablemente arrojará una decisión no sólo legítima y legal si no justa. Sin embargo la ley no siempre puede prever y reglar todas las posibles situaciones que se presentarán para especificar que se debe hacer o no en casos concretos, es por ello que los conceptos utilizados sean medidos y concordantes con los antecedentes o en base al mérito que implica invocarlos.

La utilización de conceptos jurídicos latos o imprecisos, no pueden darse cuando no van acompañados de una descripción que agote las características que permitan invocarlos, es decir, llegando a la situación, siendo determinados y concretos. Puesto que lo contrario, “no solo sería arbitrario y lesivo para los demás, implicaría su vulnerabilidad ante quien resulte afectado por dicha ligereza, en una suerte de actuación mayestática”.²³

1.2. La motivación

Este requisito de validez para las decisiones de los poderes públicos ha sido abordado desde la Constitución y la ley, así como la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional. Por lo tanto, al realizar el análisis de la motivación en cada uno de estos parámetros:

1.2.1. La motivación según la Constitución y la Ley

Una de las Garantías al Debido Proceso que los ciudadanos tienen frente al poder público, es la motivación, fundamentada en la (Constitución de la República de Ecuador, 2008), cuando señala que “los poderes públicos al momento de resolver deben motivar”²⁴. Es decir que, las resoluciones emanadas de la Administración, deben contener las bases jurídicas de su fundamentación, así como exponer la necesidad de su aplicabilidad respecto de los antecedentes ocurridos y que se consideran nulos aquellos actos, decisiones o fallos que no contengan la debida argumentación.

El Código Orgánico Administrativo, también define a la motivación, al señalar en el artículo 100, que la motivación del acto administrativo se observará, en:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

²³ Noboa: *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad*, 158.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, 54-5.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.²⁵

El Código Orgánico de la Función Judicial, también se pronuncia sobre la motivación, como un requisito en las decisiones administrativas y judiciales, cuya inobservancia será considerada una infracción grave, conforme lo prescribe el Art. 108 numeral 8, cuando señala entre las:

*INFRACCIONES GRAVES.- No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.*²⁶

En el mismo, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública, (Art. 4), se plantea que “la motivación de los actos es un requisito indispensable en todo dictamen emanado desde la administración pública”.²⁷

De las normas jurídicas citadas, se desprende que la motivación es un requisito fundamental en el ejercicio de las actividades del Estado, puesto que son las razones, argumentos y explicaciones que justifican la Administración para tomar su decisión, so pena, de declarar nulo su actuación. La argumentación, que es parte de la motivación, ayuda a que el ciudadano comprenda. Por lo que ésta, debe obedecer a los presupuestos facticos y vinculada con la norma aplicable al caso concreto. Lo que va a permitir al administrador, activar sus mecanismos de impugnación o reclamación conforme lo establece el Art. 173 de la Constitución de la República.

El funcionario público en el ejercicio de sus funciones actúa con potestades administrativas, cuya misión es observar todos los requisitos dispuestos en la ley. Es decir, que debe señalar, la pertinencia de la norma jurídica, sobre los antecedentes con la explicación o argumentación en que se ampara a fin de que el administrado conozca y se informe las razones y fundamentos en que se ampara la autoridad para resolver o

²⁵ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Art., 100. (Quito, 2017), 18.

²⁶ *Ibíd.*, Art., 108. 19. Énfasis añadido.

²⁷ Noboa, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Art. 4, 2.

decidir sobre cualquier asunto puesta en su conocimiento, a fin de que avale lo resuelto por el funcionario competente.

1.2.2. La motivación según la Doctrina

En este orden de ideas (Enterría y Fernández, 2008, 536-7), plantean que “los motivos que mueven a la administración a dictar sus actos, deben aparecer, por una parte, en la realidad del presupuesto normativo, de hecho a que el acto se aplica, y, por otra parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto”.²⁸

Según (Egas, 2011, 366-7), lo que justifica que la motivación en las Resoluciones de los Poderes Públicos, es:

- a) Su particularidad de ser una forma de legitimación del poder público en general y de las potestades administrativas en particular.
- b) La Administración debe convencer, en lugar de obligar para alcanzar este objetivo, el principal paso es dar explicaciones y declarar los motivos de la actuación.
- c) La exigencia de la motivación es una limitación a los poderes públicos y coadyuva a una mayor eficacia al obrar, pues, la aceptación de sus actos es la mejor forma de llevarlos a rápida y pacífica ejecución.
- d) Es un contrapeso al régimen exorbitante de la presunción de legalidad del acto administrativo, por ello los jueces afirman que, si bien es cierto que todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad, no es menos cierto que ello es así en tanto esté debidamente motivado.
- e) Contribuye a concretar la seguridad jurídica, pues la motivación es uno de los medios de control más efectivos de la arbitrariedad administrativa.
- f) La motivación facilita al órgano judicial una mejor fiscalización de la actividad administrativa y así poder constatar la desviación del poder con el adecuado conocimiento e interpretación de los hechos.
- g) Viabiliza la interpretación de la norma aplicada, para constatar los actos realizados y para su posterior calificación jurídica.
- h) Tiene la motivación una función pedagógica o educativa para los administrados, los que pueden adecuar sus futuras actitudes en relación a situaciones de hecho concretas que sean similares.
- i) Voluntad.²⁹

Sobre este asunto, la motivación es “una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y derecho que han llevado a la emanación o sea los motivos o presupuestos del acto; En el ordenamiento jurídico, existen algunas normas jurídicas

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomas Fernández Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, (Bogotá: Ed Temis S.A. 2008), 536-37.

²⁹ Jorge Zabala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Ecuador: Edilex, 2011), 366-67

que definen a la motivación. En este orden y dirección se afirma, que la “*motivación permite establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada*”.³⁰

La consideración de todos estos elementos, estructurados de forma sistemática y ordenada, permitirá la emisión de una conclusión lógica final que guarde coherencia con las premisas previamente señaladas. En cuanto, al requisito de comprensibilidad, este supone “la emisión de una decisión clara y asequible a las partes procesales y a todo el auditorio social”.³¹

De acuerdo a la doctrina administrativa, establece que los poderes públicos son todas las Instituciones del Estado, que actúan en su nombre con las competencias otorgadas por la Constitución y el marco normativo, que actúa con potestades regladas o discrecionales. Por ello, las resoluciones que tomen, deben ser motivadas, sin embargo contrario a esto, muchas veces son desconocidas, tanto para el funcionario público como para el operador de justicia, violentando este derecho constitucional al ser administrado. Sobre estos parámetros, la Constitución ofrece al ciudadano algunas garantías jurisdiccionales como la Acción de Protección, cuando alguna Resolución Administrativa, violenta los derechos tutelados; como es el caso de la ausencia de la motivación, en sus decisiones.

El principio de universalidad, característico en el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, halla su equivalente en el principio de adecuación cuando pasamos al terreno de la aplicación de normas. El juicio de aplicación es el producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad. Esta exigencia se traduce en el principio procesal, según el cual, no se puede establecer que una norma pueda aplicarse legítimamente en una situación sin que se tomen antes en consideración todas las particularidades de la situación que son relevantes para garantizar una interpretación coherente de las normas aplicables. Tal “criterio de validez se impone tanto en el juicio moral como en el juicio jurídico”.³²

³⁰ Emilio Fernández Vázquez. *Diccionario de Derecho Público*. 6ª ed., (Buenos Aires: Ed. De Palma), 505. Énfasis añadido.

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 063-14-SEP-CC, caso No. 0522-12-EP*. (Ecuador, 2014), f. 1.

³² Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción*, (México: Flacso, 2013), <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt16f8df1.5>>. Consulta: 15 de Noviembre, 2017.

1.2.3. La motivación según la Jurisprudencia

Varias sentencias emitidas por la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos, respectivamente, que se constituyen en Jurisprudencia vinculante, por cuanto el Ecuador es suscriptor, conforme lo dispone el Art. 424 de la Constitución de la República han manifestado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”³³ y que el deber de motivar las resoluciones de los poderes públicos es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, pues “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”³⁴.

La Corte Constitucional dentro de sus facultades establecidas en el Art. 436 numeral 6 y que los funcionarios investidos de potestad jurisdiccional y administrativa al momento de resolver deben observar el Derecho a la Motivación, que corresponde evidenciar tangencialmente los parámetros de una decisión se encuentre debidamente motivada, es decir debe contar con tres parámetros que son: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, de donde cada aspecto, se conceptualiza así:

1) La razonabilidad, ha indicado la Corte, que es el respeto, observancia y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales pertinentes y aplicables al caso. Tanto el trámite adoptado como la resolución deben estar en armonía con los preceptos jurídicos que deben ser previos, claros, públicos y aplicados tanto por el funcionario público como por el operador de justicia. El juez de lo contencioso administrativo en este caso es el competente para realizar el control de legalidad, no se puede apartar de la naturaleza y objetivos fijados por la normativa, ni proporcionar interpretaciones o razonamientos manipulados o imponer determinadas ideologías y concepciones personales, ya que estas particularidades producen fallos arbitrarios, indebidamente justificados. Su justificación debe dirigir u orientar a la acción el recurso o la cuestión planteada. En tal virtud, no puede atribuir criterios erróneos o que sean contradictorios en relación al ordenamiento jurídico.

El fin de la razonabilidad, como criterio de análisis de la garantía de la motivación, consiste en apartar los argumentos que contengan elementos impertinentes contrarios a las disposiciones aplicables o la omisión de las mismas al caso concreto. La Corte ha sido insistente en manifestar que las resoluciones administrativas o judiciales no deben imponer criterios contrarios a la Constitución y demás leyes; en otras palabras, deben ampararse en principios constitucionales.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.*, serie C, N.º 170 (2007), párr. 107. En: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 014-14-SEP-CC, caso N.º 0954-10-EP.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.*, serie C, N.º 127 (2005), párrs. 152_153. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.*, serie C, N.º 170 (2007).

Una de las fuentes del derecho es la jurisprudencia y que la Corte Constitucional dentro de sus potestades se pronuncia con respecto al derecho a la motivación, alusivo a la razonabilidad de la decisión judicial, el cual se fundamenta en los principios constitucionales, es decir, la resolución judicial debe ser dictada en armonía a los criterios establecidos en la Constitución de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico.

2) En el parámetro de la lógica, la Corte expresa que esta comprende el resultado de la coherencia materializada en la interrelación que surge entre las sugerencias fácticas, las normas legales consideradas al caso concreto y la posterior decisión; es decir, tiene relación directa con la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permiten construir un juicio de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución. La mencionada interrelación se identifica con la línea de causalidad que mantiene una sentencia, la misma que se configura con la presencia de una premisa fáctica vinculada a la aplicación de una norma. Este ejercicio finaliza con la decisión, esta última conecta en forma racional las premisas fácticas con la conclusión.³⁵

De modo reiterativo se insiste, concretando, que motivar es una resolución administrativa o sentencia es una exigencia constitucional, legal y jurisprudencial; se trata de un mecanismo de lógica, por el cual debe fluir fácilmente la construcción de la resolución o sentencia, especialmente desde la llamada “*quaestio facti*, o sea, hechos fundantes en el recurso extraordinario admitido y la *quaestio juris*, es decir, el marco jurídico con base en el que debe ser resuelto el recurso y su pretensión”.³⁶

3) Por último el parámetro de la comprensibilidad, la Corte ha argumentado que se trata de un elemento que exige que la decisión o resolución de los organismos con poder público presenten una escritura pertinente, clara y sencilla, que sea comprendido por toda la ciudadanía; que a través de ella se adquieran conocimientos en derecho y que la misma goce de legitimidad, tal y como lo manda el artículo 4, numeral 10, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando señala que la:

Comprensión efectiva con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, el funcionario público, la jueza o juez de lo contencioso administrativo deberá redactar sus resoluciones o sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.³⁷

La Corte, consecuentemente ha insistido que la claridad en el lenguaje debe requerir concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea con las conclusiones connaturales que deben devenir de aquel, pero este ejercicio intelectual requiere ser también fiscalizado por quienes no han sido parte del proceso, de modo que las resoluciones emitidas por los órganos administrativos o judiciales gocen de legitimidad y permitan que el colectivo social en general conozca la forma cómo sus

³⁵ Ibid., 103.

³⁶ Ibid., 104.

³⁷ Ibid., 105

funcionarios o tribunales de justicia razonan y resuelven los conflictos que son puestos en su conocimiento.

Por lo expuesto, es necesario realizar una síntesis, a tres cuestiones íntimamente ligadas con el derecho a la motivación:

1) ¿Cuándo se evidencia una falta de motivación?; 2) ¿Cuál es la relación que existe entre el derecho a la motivación y la independencia de las instancias y los recursos?; y, 3) ¿Cuál es la conexión que existe entre el derecho a la motivación y la tutela judicial efectiva? Respecto al primer punto (cuándo se evidencia una falta de motivación), la Corte ha esgrimido que dicha falta se constata cuando existe una declaración dispersa de elementos sustantivos como las normas jurídicas o los antecedentes de hecho, inclusive no existe un ejercicio convincente que fundamente la aplicación de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones realizadas a partir de ella.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido clara al precisar que al producirse una resolución administrativa o sentencia inmotivada, contraria al sistema jurídico constitucional y legal, esta se torna injusta, incongruente, incompleta, lóbrega, injustificada, irrazonada, opuesta al ordenamiento positivo constitucional y legal sustantivo y procesal.³⁸

Si bien la Corte Constitucional habla sobre los fallos jurisdiccionales, esto también va dirigido a los funcionarios públicos, quienes actúan con potestades públicas administrativas deben observar estos parámetros, puesto que la falta al deber de motivación, según la Corte Constitucional manifiesta, cuando la declaratoria usa términos que no son claros o inteligibles, por la forma como está redactada, lo cual no permite su comprensión –como se dijo en líneas anteriores– o en aquellos eventos en que los servicios públicos y operadores jurídicos mantienen una premisa para la resolución del caso, pero su conclusión es totalmente discordante, lo cual causa confusión al auditorio social.

En el segundo punto (la relación que existe entre el derecho a la motivación y la independencia de las instancias y los recursos), la Corte ha señalado que la conexión entre la motivación y la independencia interna radica en que cada instancia y recurso existe un fin determinado. Extralimitarse de las barreras impuestas implica invadir el ámbito de competencia de los funcionarios o jueces de instancia de manera ilegítima.

³⁸ *Ibíd.*, 106.

Lo manifestado por la Corte, se ve reforzado cuando la disposición normativa pertinente señala, por ejemplo, que el recurso de casación no debe fundarse en un pedido de nueva valoración de la prueba. Así, fallar *contra legem* en un intento por modificar las decisiones del tribunal inferior torna irrazonable la motivación que se haga con dicho objetivo.

Con respecto al tercer punto (conexión que existe entre el derecho a la motivación y la tutela judicial efectiva), es de resaltar que el derecho a la motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuye a garantizar la seguridad jurídica dentro de un Estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos administrativos o jurisdiccionales no queden en la indefensión, generando la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano, es decir, que la motivación como parte del derecho a la defensa, debe ser un condicionamiento esencial de las sentencias y resoluciones administrativas o judiciales. De esta forma, manifiesta la Corte, que la motivación de las resoluciones administrativas o judiciales es condición necesaria para el fiel cumplimiento del derecho constitucional al debido proceso, dentro de un litigio en el cual se determinen derechos y obligaciones, así como para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso queden en indefensión.

Por lo expuesto, tanto la administración y los tribunales de lo contencioso administrativo deben considerar que el derecho a la motivación es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es una exposición de las razones dadas por los funcionarios o jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable y que adicionalmente encuentra conformidad con el derecho, con las normas legales y constitucionales, al igual que con las normas establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Por tanto toda persona que actúa con potestades públicas debe cumplir con el derecho a la motivación, que es un mecanismo de aseguramiento de la racionalidad en las decisiones de los organismos administrativos o judiciales, permite directamente a los afectados y a la sociedad en general observar cuál es la justificación presentada por quien ha adoptado la decisión; para realizar un control efectivo del ejercicio del poder,

el que constituye premisa necesaria para la consecución del Estado constitucional de derechos y justicia³⁹.

Las dificultades o problemas que tienen los organismos públicos al momento de resolver es llevar a la práctica esta distinción entre la existencia de normas constitucionales de principios, que deben ser consideradas como normas a todos los efectos —y en ello insiste la Constitución ecuatoriana— y que, por tanto, deben tener una eficacia directa sobre los casos concretos, ha venido alterando y ampliando la actividad de los funcionarios públicos y los tribunales en relación con la ley, porque la ‘sumisión al imperio de la ley’ asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales era considerados dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los funcionarios y tribunales estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material.

La peculiaridad de las normas de principio conlleva una ulterior característica, que no es otra sino la necesidad de un recíproco ensamblaje entre las mismas. De hecho, si el conflicto entre reglas se concreta en una antinomia, es decir, en una situación de incompatibilidad que puede ser solucionada o bien declarando inválida una de las dos reglas, o bien introduciendo en una de ella una cláusula de excepción, los conflictos de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, ha de haber uno que cede en beneficio del otro, lo cual no significa declarar la invalidez del principio que queda desplazado ni que en este último se haya de introducir una cláusula de excepción.

Lo que sucede, en estos casos es que, “bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se antepone al otro, sin perjuicio de que, en otros supuestos, la cuestión de precedencia pueda ser solucionada de manera inversa”.⁴⁰

Las formas de objetivación del parámetro de la ponderación resultan muy complejas, ya que se ha llegado a defender el concepto de ponderación porque no constituye un método que permita un control racional en la utilización del mismo, pues no se podría hablar de ponderación correcta o falsa. Debido a que, “los valores y principios no se regulan por sí mismos, puesto que la aplicación de la ponderación

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 003-13-SEP-CC, caso N.º 1427-10-EP; sentencia N.º 004-13-SEP-CC, caso N.º 0032-11-EP; sentencia N.º 009-13-SEP-CC, caso N.º 0338-11-EP; sentencia N.º 010-13-SEP-CC, caso N.º 0941-12-EP; sentencia N.º 011-13-SEP-CC, caso N.º 1360-11-EP; sentencia N.º 020-13-SEP-CC, caso N.º 0563-12-EP; sentencia N.º 021-13-SEP-CC, caso N.º 0960-10-EP; sentencia N.º 024-13-SEP-CC, caso N.º 1437-11-EP, fl.

⁴⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 87.

quedaría sujeta al arbitrio de los intérpretes”.⁴¹ Estas objeciones son válidas tan solo si se defiende que la ponderación no es un procedimiento racional que conduce en cada caso a un mismo resultado. Si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de determinación de una regla respecto a otra, sin seguir criterios uniformes, se trataría de un procedimiento irracional, ya que quien pondera seguiría exclusivamente sus concepciones subjetivas prescindiendo de todo tipo de parámetros fijos. Sin embargo, al modelo de decisión pura y simple hay que contraponerles a los parámetros de fundamentación o argumentación, es decir, de justificación de la ponderación realizada, al que el funcionario o tribunal está vinculado.

Según, lo argumentan (Da Rosa de Bustamante y otros, 2017), lo cual se observa que es ratificado por (Alexy, 2003), cuando manifiesta lo siguiente:

Los principios en cuanto preceptos ideales (ideal precepts) demandan más de lo que realmente se pueden realizar. Ellos colisionan con otros principios. Su forma típica de aplicación es el pesaje/ponderación. Solamente el pesaje/ponderación nos conduce de un deber-ser *prima facie* ideal a un deber-ser real y definido.⁴²

El procedimiento que tiene la ponderación puede, por tanto, ser racional pero a pesar de esto no es un procedimiento que en cada supuesto conduzca a una solución unívoca, sino a una solución razonable, es decir, justificada en derecho. De tal manera, que “la ponderación es un procedimiento abierto que conduce también a una apertura del sistema normativo determinado por la Constitución; no obstante, debería no implicar el libre arbitrio del intérprete”.⁴³

Todo lo cual indica que, el valor concreto de los principios constitucionales es una entidad que no puede llegar a ser definida; la Constitución establece tan solo las líneas esenciales, dejando al libre proceso político espacios para afirmar jerarquías de valores que pueden ser renovadas en cada momento.⁴⁴ En un contexto tan flexible

⁴¹ Ernst Forsthoff, La crítica más articulada a las normas programáticas ha sido planteada por Ernst Forsthoff, en la recopilación de sus ensayos; ver Forsthoff, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milán, Giuffrè, (1973), 29-287.

⁴² Thomas Da Rosa de Bustamante y Otros, Teoría de la Argumentación Jurídica, (Lima; Editora y Distribuidora Ediciones Legales, 2017), 74.

⁴³ Cfr. Tomás y Valiente, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nos 15-16, 642. Puso de relieve que la recta utilización de los valores favorece la resistencia constitucional, en cuanto a adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas; de esta manera, la Constitución puede alcanzar vigencia efectiva y duración prolongada, sin necesidad de reformas agravadas.

⁴⁴ Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, 11-112; véase también Storini, Claudia. “¿Sobre quién reposa la tortuga?: a vueltas con los límites de la interpretación Constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1-41.

como el que hasta aquí se ha descrito, la decisión del funcionario o el tribunal de lo contencioso administrativo encuentra su justificación última únicamente en la racionalidad del discurso jurídico que está en la base de la fijación y alcance de estos principios de índole valorativa y meta jurídica; es decir, un discurso que no entre en contradicción con la letra de la Constitución y que se fundamente en criterios interpretativos estables.

La Constitución se concreta por medio de la interpretación; por este motivo se ve potenciada aún más la importancia de la motivación de la decisión administrativa y/o jurisdiccional, porque, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita establecer si el parámetro de control es o no objetivable en la medida en que esta concreción lo sea.

Por tanto, la misma condición jurídica o política del control dependerá tan solo de la existencia de criterios de valoración predeterminados a los que quede sometida la interpretación de este conjunto de normas con características tan peculiares.⁴⁵

De esta manera se puede decir que, la *motivación* o fundamentación razonada de los pronunciamientos administrativos y/o judiciales tiene un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención administrativa y/o judicial en un régimen constitucional. Con esta finalidad, las razones de la resolución o fallo son las que justifican el poder y la autoridad administrativa y/o judicial.⁴⁶

La motivación de las sentencias, resoluciones y demás actuaciones de los poderes públicos constituye la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los funcionarios y/o tribunales su poder jurisdiccional cuya finalidad es suministrar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad, así como también evitar que el razonamiento carezca de todo fundamento o bien sea erróneo.⁴⁷

De esta manera, la motivación:

No puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del funcionario o juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que se refiere a que en los proveídos administrativos y/o judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan y sustentan la decisión, que debe ser lo suficientemente clara para que sea comprendida y, de esta manera, se elimine la arbitrariedad [...] no hay duda de que la motivación, a más de ser un deber para el

⁴⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, La interpretación de la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 1, (1984), 95.

⁴⁶ Storini, *Hermenéutica y Tribunal Constitucional*, 170.

⁴⁷ Storini, Claudia. Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro. Revista de derecho*, 9, (Quito, 2008), 37. Véase también Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. (Quito, TCE/ CNJ, 2010), 51.

poder público, es un derecho exigible jurisdiccionalmente, conforme con un Estado constitucional de derechos y justicia.⁴⁸

La Corte Constitucional ha entendido que “el deber de motivar las decisiones de las autoridades públicas constituye una garantía esencial dentro del derecho al debido proceso, por lo que, la Corte Constitucional institución creada con la Constitución en el año 2008, debe reparar tal afección cuando aquellas decisiones incurran en falta de motivación”,⁴⁹ de ahí que el derecho de motivación debe “observar la explicación de la pertinencia de las normas o preceptos jurídicos a los hechos de forma concordante y coherente con la finalidad de concluir si el mismo ha sido debidamente asegurado”.⁵⁰

La motivación, se debe entender como un parámetro que permiten que las decisiones sean legítimas, no es un simple requisito formal o un simple dato explicativo de algún expediente o proceso; todo lo contrario, constituye una verdadera garantía de defensa y requisito indispensable mediante el cual los administrados pueden conocer las razones que justifican el actuar del poder público; por lo que, fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Como ha señalado (Espinosa, 2010):

Mientras que, para fundamentar es necesario justificar los motivos que conducen a un razonamiento, mediante el examen de los presupuestos fácticos y normativos; para explicar se requiere solo de una simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción, esto es, señalar el *iter lógico* que le ha permitido al juez o tribunal llegar a la decisión, sin mayores connotaciones intelectivas (énfasis añadido).⁵¹

La falta de motivación en las decisiones administrativas y/o judiciales los transformarían entonces en meros actos de voluntad, pero de ninguna manera actos que provengan de una razón controlable, es decir, se trataría de decisiones políticas carentes de justificación y no jurídicas; de ahí su carácter de “inexcusable y constitutivo del derecho de una tutela judicial efectiva”.⁵²

La Administración y los órganos jurisdiccionales deben tener claro que la *motivación* es un procedimiento por el cual funcionario o el juez, resuelve sobre la

⁴⁸ Espinosa, *Teoría de la motivación*, 53.

⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. ° 004-11-CEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, 5.

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. ° 011-10-SCN-CC. Véase además las Sentencias 004-10-CEP-CC y 022-10-CEP-CC. 1-92.

⁵¹ Espinosa, *Teoría de la motivación*, 50.

⁵² Storini, *Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal*, 59.

base de premisas derivadas de los antecedentes del caso, de los fundamentos de hecho y derecho y de la normativa invocada como aplicable, vincula estos elementos de forma argumentada a efectos de la resolución o sentencia. Tal ejercicio razonado se plasma, tanto en la parte motiva como en la resolutive del fallo. De esa forma y principalmente en materia constitucional, administrativa, la motivación se convierte en “un *principio procesal fundamental* para la eficacia, eficiencia y sobre todo la efectividad del proceso administrativo y/o judicial”.⁵³

Uno de los doctrinarios como Manuel Atienza, manifiesta que decidir ‘no es argumentar’, razonar correctamente permite cimentar la decisión. Existen para las decisiones dos tipos de razones: las explicativas y las justificativas, las últimas apuntan no a dar cuenta del porqué se tomó la decisión, sino de que esta resulte aceptable o correcta.⁵⁴

Por lo tanto, la motivación se compone de razones, cuyos antecedentes son tomados por el funcionario y/o juez en el proceso y luego son sistematizados en orden a justificar su decisión. Estos razonamientos deben ser al efecto ‘relevantes’ y ‘de peso’. Debido a que, el razonamiento jurídico es uno de tipo práctico. Entre otros criterios para el ejercicio de un razonamiento práctico, es la relevancia, lo cual enfatiza en:

Lo relativo a la aplicabilidad de las normas a un caso y la consideración de la validez de estas respecto del mismo. Así mismo, propone el criterio de peso que tiene que ver con el grado de pertinencia de cada premisa respecto del caso. Unas premisas tendrán una mayor pertinencia y otras una menor. Además del razonamiento práctico como elemento de una adecuada motivación, el autor subraya la necesidad de un ejercicio lógico formal que permita la coherencia entre las premisas y la conclusión.⁵⁵

De acuerdo a estos planteamientos, el grado del razonamiento que aquí se examina tiene que ver entonces, expresado en términos operacionales, con “la posibilidad de vincular ciertas razones de forma lógica (racional, coherente) y a la vez,

⁵³ La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso (art. 4, numeral 9 de la LOGJCC), 5.

⁵⁴ En efecto “los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones —o cierto tipo de razones— que pueden darse en favor de las decisiones”, dice el autor Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 32.

⁵⁵ El razonamiento práctico se asocia a una justificación externa mientras que el ejercicio lógico a una justificación interna en el proceso de motivación. Véase Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona, Ariel, 2007, 67-227.

examinar la relevancia y grado de pertinencia de las mismas con relación al resultado en el caso”.⁵⁶

En las decisiones existe la relación con los tipos de razonamiento que pueden ser adecuados para llevar a cabo el procedimiento lógico de justificación de la resolución, como se indicó al exponer sobre la metodología de este estudio, existen tres categorías básicas que deben ser consideradas: el razonamiento subjuntivo, el de adecuación (o finalista) y el de ponderación.⁵⁷ Los dos primeros se aplican en el caso de reglas.

En el primer caso comprobando si una situación particular —la del caso— puede ser comprendida dentro de un presupuesto genérico de tipo normativo, es decir, si las circunstancias satisfacen y se corresponden con el presupuesto. En el segundo caso, se trata de decir si en razón de un determinado fin de la norma procede una determinada solución del caso que sea más adecuada a tal fin. En cambio, como ya se apuntó, “si se trata de principios constitucionales como lo son las normas de derecho fundamental, será necesario ponderar”.⁵⁸ Ponderar implica contrastar y balancear dos principios de ‘derecho fundamental’ en colisión de la manera más razonable. Esta forma de interpretación representa “el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*”.⁵⁹

Sobre la base de estas consideraciones, el razonamiento será suficiente si cumple los estándares básicos antes referidos, de lógica (razonamientos son coherentes, están concatenados entre sí con proyección al resultado), de relevancia (aplicabilidad) y grado de pertinencia respecto del caso. Es por tanto en este sentido, que se ha utilizado el criterio de suficiencia como parámetro operacional para el

⁵⁶ Para ampliar el tratamiento sobre estos criterios, véase Manuel Atienza, 2007, *op. cit.* Para una visión más amplia de los aspectos inherentes a la motivación vista desde la perspectiva procedural, pueden entre otros consultarse Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008). Toulmin, Stephen. *Los usos de la argumentación*. (Barcelona: Península, 2007).

⁵⁷ Atienza, *Derecho y argumentación*, 163.

⁵⁸ Alexy, *Teoría de la argumentación*. Es uno de los autores que ofrecen una clara distinción entre reglas y principios de derecho fundamental. Como bien indicamos antes, ambas forman parte de la estructura de una norma de derecho fundamental, pero las reglas son mandatos concretos que contienen en su interior una hipótesis concreta de cumplimiento, mientras que los principios son conceptos más abstractos y abiertos, son ‘mandatos de optimización’ que requieren para cumplirse en la mayor medida posible, de una interpretación más compleja en razón de colisiones o conflictos que estos puedan tener con otros principios o reglas. Ver Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2008, 66.

⁵⁹ Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), p. 53.

análisis de las sentencias, destacando en todo caso aquellos fallos con un más alto grado de coherencia, pertinencia y relevancia.

A continuación, la descripción de las tendencias halladas en los fallos de primera y segunda instancia.

En relación al tipo de interpretación, se puede evidenciar que existe una extensa variedad de argumentos y ‘justificaciones’ utilizadas por los órganos jurisdiccionales a efectos de pretender legitimar sus sentencias sin conseguir tal objetivo.

Más allá de una minoría de resoluciones, cuya motivación muestra “un alto grado de coherencia, pertinencia y relevancia”,⁶⁰ todas las demás podrían describirse como de “legalistas, descriptivas y, hasta en algunos casos subjetivas”.⁶¹

Bajo esta premisa, ¿Cuál es el pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador frente a la motivación, en especial a su consagración como un derecho constitucional?

De esta forma la Corte ha dejado constancia que la motivación, es una pieza clave en la formulación de las decisiones administrativas y judiciales, puesto que si no observa esta obligación las decisiones se tornarían arbitrarias y cuyo efecto devendría en la nulidad de las mismas.

Lo que se constituye, en un deber sustancial de los poderes públicos, es decir los que actúan con potestades motivar debidamente las resoluciones que emitan a fin de dotarlas de legitimidad, puesto que esto garantiza que las personas puedan tener conocimiento de los argumentos o fundamentos que llevaron a tomar una resolución determinada (estos deben guardar su base en el ordenamiento jurídico positivo, en lo sustancial y procesal).

Por lo tanto, se debe advertir ¿cuál es el alcance del derecho a la motivación? La Corte Constitucional se ha pronunciado que esta garantía no solo se limita a la petición abstracta de normas, sino también a la lógica o coherente vinculación entre las normas y los hechos que son pertinentes; presupuesto que vincula a la motivación no solo como un elemento formal, sino como un requisito obligatorio y sustancial y de

⁶⁰ Así, por ejemplo, Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, Sentencia N° 2010-0204; Juzgado Segundo de Tránsito de Cuenca, Sentencia N° 2010-0139; Juez Sexto de Tránsito del Guayas, Sentencia N° 015-2009; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2010-0922; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.º 2009-0795 y Juez Quinto de Tránsito del Guayas, Sentencia N.º 1982-(2009).

⁶¹ Véase, entre otras, Juzgado Tercero de Garantías Penales de Cuenca, Sentencia N° 2009-1035; Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil, Sentencia n.º 2010-669; Juzgado Quinto de Inquilinato y Relaciones Vecinales, Sentencia n.º 2010-0359; Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Guayaquil, Sentencia n.º 2010-0276.

contenido expreso, que toma en cuenta el mérito y oportunidad de la decisión que se adopta, por lo que, permite poner en conocimiento del administrado o del ciudadano no solo las razones jurídicas prescritas a las competencias de la autoridad, sino también las que están en orden al interés general o a la conveniencia que sean propias de ser adoptadas.

La Corte máximo órgano de control constitucional ha previsto que el derecho a la motivación representa un condicionamiento que debe estar presente en las resoluciones de los poderes públicos, para dar a conocer de forma efectiva y veraz las razones que sustentaron la emisión de una determinada decisión o resolución.

La motivación, debe señalarse, no solo implica la enunciación dispersa de disposiciones normativas o de antecedentes de hechos, sino por el contrario, se amerita un ejercicio argumentativo representativo y de razonamiento que fundamente la consideración de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones enunciadas a partir de ello. Con lo cual, el requisito de motivar va más allá de “la mera exposición de normas, puesto que conlleva un deber de investigar a partir de los hechos presentados en el caso, cómo se relacionan los presupuestos facticos con las normas jurídicas a partir de un razonamiento, a más de explicativo, justificativo”.⁶²

Por lo expuesto, hasta aquí se concluye que el derecho de la motivación se manifiesta como:

- 1) La garantía de las personas a conocer los motivos o argumentos considerados por el funcionario respecto a la decisión que les afecta de alguna forma; y,
- 2) El deber de los funcionarios públicos de limitarse a la discrecionalidad y excluir la arbitrariedad.

Estas son las principales razones, a fin de que todas las servidoras y servidores públicos, entre ellos las autoridades jurisdiccionales, están obligadas a motivar sus decisiones. Por lo tanto es una garantía procesal en virtud de la cual los poderes

⁶² 97 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 080-13-SEP-CC, caso N.º 0445- 11-EP: “En efecto, la actividad argumentativa que denotará la existencia de la motivación en la resolución de garantías jurisdiccionales de los derechos radica justamente en el planteamiento del problema jurídico, es decir, si se verifica o no la vulneración de derechos, si el acto, hecho u omisión anula el ejercicio de los derechos constitucionales y la solución pertinente, en caso de existir vulneración, de los derechos, la reparación integral pertinente, o caso contrario, la negativa de la acción”.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 123-13-SEP-CC, caso N.º 1542-11-EP: “Una motivación ilógica o insuficiente en las resoluciones de los poderes públicos podría ser equivalente a la arbitrariedad, más aún cuando proviene de los jueces y juezas, siendo aquellos los principales actores del poder público en la tutela de los derechos de las personas”.

públicos, sea en sede administrativa o judicial, tienen la obligación de argumentar y razonar todas sus resoluciones mediante la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda o ampara y la congruente aplicación de aquellos a los antecedentes del caso, ya que al describir las disposiciones legales y las razones que constituyen los argumentos de la decisión, se da confianza a las partes procesales respecto de lo resuelto.

Entonces, ¿cuál ha sido el alcance del derecho a la motivación en la esfera administrativa o judicial? la Corte Constitucional ha señalado que los argumentos y las razones empleadas por los actores públicos o los jueces para sustentar las resoluciones o sentencias se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio de la autoridad pública o del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la motivación permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo o resolución alcanzado resulta justificado y fundado en el marco legal que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones, pruebas y estándares del proceso administrativo o juicio son conducentes a dicho ordenamiento; de tal forma, que la resolución o fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad o discrecionalidad, sino conforme a la realización de la justicia⁶³.

Es así como la motivación no es sólo un elemento formal, como requerimiento obligatorio de todo acto manifestado por la autoridad pública, sino que se considera como un elemento sustancial que expresa la garantía o derecho del derecho al debido proceso, pues permite a las partes procesales dentro de un proceso administrativo o judicial conocer el razonamiento lógico, preciso, objetivo y articulado de la autoridad pública o del juez, además entender los motivos de carácter jurídico por las que se determinó un fallo específico.

Resulta evidente entonces concluir, por el momento, que el deber de motivar, así concebido, dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de él un dispositivo de garantía. En este contexto, “el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismas

⁶³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 021-13-SEP-CC, caso N.º 0960-10-EP: “Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 4 establece los principios procesales en los que se sustenta la justicia constitucional. Dentro de dichos principios incluye a la motivación y dispone que todos los jueces tienen la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tienen la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutirlos con conocimiento de causa”.⁶⁴

1.3. La argumentación en los actos administrativos

La Teoría de la Argumentación Jurídica es de gran importancia en el desarrollo de las decisiones que tomen el poder público. En este contexto, algunos tratadistas de la filosofía del Derecho emiten técnicas y métodos para aplicar la argumentación jurídica en la resolución de conflictos. Los abogados, jueces o autoridades públicas exponen sus argumentos para convencer o justificar sus decisiones, al emplear diferentes técnicas, debido a que la Constitución y las leyes tienen vaguedades, colisiones, vacíos que necesitan ser interpretadas o argumentadas para resolver un caso en concreto.

La argumentación jurídica esta llamado aplicar y desarrollar en los procesos administrativos o judiciales, por ello se ha positivizado a la motivación en la Constitución, inclusive en otras normas que regulan a la Administración Pública y recientemente en el Código Orgánico General de Procesos. La argumentación jurídica requiere aplicar algunas técnicas o metodologías necesarias para que el destinatario final sea convencido de la decisión tomada. El jurista (Atienza, 2005), manifiesta que “la argumentación se aplica en diferentes áreas teóricas, pragmáticas, históricas, pedagógicas y políticas”.⁶⁵ Por tanto, de conjunto con los profesionales del derecho, también la aplican especialistas de diferentes áreas del conocimiento.

En el campo teórico, los doctrinarios se han centrado en la argumentación y han desarrollado una serie de metodologías y técnicas para su aplicación. Esto se desarrolla a partir del siglo XIX, debido a que la norma jurídica es abstracta e indeterminada, incluso en materia de contratación pública. Por ello, no basta con la motivación, sino que debe ser argumentada cuando resuelve la autoridad judicial o administrativa. La motivación debe tener argumentos sólidos que eviten la vulneración de derechos, es decir se debe apoyar en los instrumentos jurídicos que ofrecen los principios generales.

Dentro del campo pragmático, la argumentación jurídica se debe llevar al campo de los hechos, ya que el derecho no solo debe ser cognoscitivo. Por ello, se requiere

⁶⁴ Corte Constitucional del Ecuador, *Desarrollo Jurisprudencial*, (Quito: V y M Gráficas, 2016), 100.

⁶⁵ Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma, 2005), 1.

de su interpretación, aplicación y argumentación, lo cual es una especie de apoyo a la motivación a fin de que los fallos sean debidamente sustentados y razonados.

La teoría de la argumentación, desde el razonamiento jurídico que expresan diversos autores, en los que se destacan (Chaim Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino), trasladan el “debate judicial al ámbito retórico, transformando a las partes, al juez y a las instancias superiores, según corresponda, en oradores en el auditorio. Además, extiende el ámbito de lo jurídico a la sociedad e incorpora a la opinión pública como otro auditorio; quizá el más importante”.⁶⁶ Toda argumentación consiste en “una actividad lingüística o discurso desarrollado en situaciones diversas y la argumentación jurídica constituye una estructura compleja en el cual se combinan elementos específicamente jurídicos con elementos prácticos generales”.⁶⁷

La argumentación jurídica, según sus distintos exponentes, rescata la deliberación y las razones para elegir dentro de una lógica de valores una filosofía humanística; una justificación y coherencia en la interpretación; aceptabilidad y consenso. También otorga importancia a la aceptabilidad en las reglas del discurso; la garantía de los derechos esenciales, los medios democráticos y la teoría del Estado democrático constitucional de Derecho y; un discurso moral que comprende lo jurídico.

Las teorías más desarrolladas de la argumentación jurídica surgen a partir de los años 70 (con MacCormick, Alexy, Peczenic, Aarni), como figuras representativas. Precisamente desde esta década se realizan esfuerzos por integrar dos nociones distintas de argumentación; como lo son “la noción lógico-formal, vinculada a la racionalidad formal, y otra concepción ligada a lo que, en términos generales, podría llamarse racionalidad práctica”.⁶⁸

El argumentar que se alcanza en una conexión entre el pensamiento y el lenguaje. Cuando se argumenta también se suele describir, afirmar, suponer y formular preguntas. Se trata entonces de un conjunto de actos lingüísticos, es decir, se ofrecen razones favorables o que rechacen una determinada tesis. Argumentar es proponer

⁶⁶ María Rocío Bedoya Bedoya, “Métodos de Interpretación del Derecho en el Constitucionalismo Contemporáneo”, *Estudios de Derecho*, No. 68 (I semestre, 2011), 297.

⁶⁷ *Ibíd.*, 301.

⁶⁸ Atienza, *El Derecho como argumentación*, 67-68.

“una justificación a un problema que puede ser de variada índole como: teórica o práctica; real o hipotética; concreta o abstracta”.⁶⁹

En el mundo existen dos tipos de sistemas jurídicos que son el anglosajón y el Continental. El primero se forma a través de los precedentes jurisprudenciales, y bajo este sistema nace la argumentación jurídica, que es práctica jurídica de jueces y abogados. En el sistema Continental es de reciente data la argumentación jurídica, pero se establece como el uso de la buena razón y debe ser correcta y adecuada. Además, se concibe como apoyo de la motivación y de obligatorio cumplimiento en los fallos judiciales y las resoluciones de índole administrativa.

Sin embargo, muchas veces se relaciona erróneamente a la retórica con la falacia; ya que esta representa un argumento que parece correcto pero que no lo es. Por ello, los argumentos han sido estudiados bajo el razonamiento de la lógica. Argumentar o razonar es “una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectados entre sí de muy variadas formas”.⁷⁰

La literatura reconoce diferencias entre la argumentación formal, material y pragmática. “La interpretación formal (aspecto fundamental de la lógica deductiva estándar) considera a la argumentación como una actividad compuesta de una serie de enunciados independientemente de su verdad, de la corrección de sus premisas o la verdad de sus conclusiones”.⁷¹ Desde esta perspectiva, “la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y por lo general se concuerda en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad”.⁷²

Muchas veces ha quedado claro que las normas jurídicas regladas por el legislador no son aptas para predeterminar las soluciones ante ciertos tipos de problemas tal como lo supuso la lógica jurídica. La vaguedad del lenguaje, los conflictos normativos y la posibilidad de decidir en contra del texto de la norma instauran esta posición. Las formas y reglas de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia o dogmática jurídica y la formalización de la

⁶⁹ *Ibíd.*, 76-80.

⁷⁰ Bartolomé Gil Osuña, Carlos Portillo Arteaga y José Gregorio Viloria, *Ensayo sobre las teorías de la Argumentación según Manuel Atienza*, (Zulia: Universidad del Zulia, 2012), 6.

⁷¹ *Ibíd.*, 10

⁷² Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, 1.

jurisprudencia, resultan medios razonables para hacer frente a esta dificultad. Justificar una decisión, en un caso difícil, significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente para extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas.⁷³

Los asambleístas, jueces y abogados al momento de realizar cualquier tipo de actividad jurídica exponen argumentos que parten de premisas mayores; mientras que la premisa menor son los hechos en relación que se tratan. La argumentación se circunscribe dentro de la teoría general del derecho, es decir, desde sus inicios como ciencia, ya que el discurso jurídico tiene que ser fundamentado en el orden jurídico existente.⁷⁴

Al referirse a los presupuestos, premisas o límites de la justificación deductiva, se señala que el juez debe aplicar reglas de derecho válidas, sin entrar en la naturaleza de dicho deber. Por tanto, en primera instancia debe ocurrir un proceso de identificación y formulación de las premisas fácticas y normativas. En casos fáciles, ese imperativo no se convierte en un escenario problemático, sin embargo, en casos difíciles ocurre todo lo contrario. Las diferentes formas de los argumentos cumplen múltiples funciones. De esta forma, los argumentos semántico y genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido a la ley y a la voluntad del legislador. Para fundamentar las valoraciones se debe recurrir a argumentos de la dogmática jurídica, la jurisprudencia, a los argumentos empíricos y, en general, a argumentos prácticos generales.⁷⁵

La argumentación del litigante es predominantemente dialéctica y pragmática (dirigida a convencer en pro de sus intereses). La del juez es de orientación material (orientada al ser o deber ser de la conducta); y la del dogmático es de inclinación formal, en tanto consideran las sentencias no como actividad, sino como resultado. Por tal motivo, la actividad de argumentación es una tarea compleja que implica aceptar que el problema específico (del que deriva la necesidad de resolver y argumentar) requiere necesariamente del intercambio de razones, las cuales se hacen presentes y se exteriorizan, en ese proceso intelectual, a través del lenguaje oral o escrito.

⁷³ *Ibíd.*, 29.

⁷⁴ Robert Alexy *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 214

⁷⁵ *Ibíd.*, 268.

Sobre estas dilucidaciones, (Alexy, 2008), con su teoría de la argumentación jurídica, se sitúa en un espacio o en un sistema jurídico que entiende que los argumentos han de ser justificados tanto descriptivamente como prescriptivamente. Estos es posible si se asumen las normas adecuadas y los procedimientos procesales correctos.⁷⁶ El autor considera fundamental que la labor del juez, en materia de argumentación, vaya más allá de explicar cómo llegó a determinada decisión; el juez debe en todo caso, justificar, y ello supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, plausible, defendible, y no sólo dar las razones por las cuales se produjo la decisión.

Para otros autores como (Fontanillo, 2007), el uso dado por (Alexy, 2008), ya mencionado, a la “lógica formal deductiva no es suficiente para alcanzar la argumentación”.⁷⁷ En contraposición, Fontanillo plantea que tanto en la argumentación jurídica, como en la argumentación práctica es fundamental considerar la existencia de argumentos a favor de y argumentos en contra de, para los cuales no resulta adecuado el uso de la simple inferencia lógica. Una postura al respecto exige de las funciones consideradas en la teoría de la argumentación; las cuales son: teórica, práctica o técnica y política o moral.⁷⁸

Toda persona o institución, que está inmersa en la construcción del derecho como los legisladores, los jueces y los abogados, debe desarrollar técnicas argumentativas a fin de que sean debidamente justificadas para la aceptación de la sociedad. Inmiscuirse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante el intercambio de razones y que esas razones se hacen presentes por medio del lenguaje oral o escrito.

En cuanto a estas perspectivas, (Alexy, 2005), defiende que “en toda argumentación jurídica debe existir una justificación interna, que es el formalismo, y una justificación externa, que es la argumentación material”.⁷⁹ Basado en esta teoría (Atienza manifiesta que la argumentación jurídica se basa en el formalismo, en la materialidad y en lo pragmático).⁸⁰ Considerando estas influencias, se plantea que se

⁷⁶ José Antonio Pinto Fontanillo, *La Teoría de la Argumentación Jurídica* en Robert Alexy, (Madrid: Tesis de Maestría, Universidad Complutense, 2003), 50.

⁷⁷ *Ibíd.*, 49.

⁷⁸ *Ibíd.*, 50.

⁷⁹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 145.

⁸⁰ Atienza, *El Derecho como argumentación*, 10.

debe construir una argumentación partiendo de citar a la norma, luego los hechos y por último la conclusión que debe ser lógica.

No obstante, la lógica es insuficiente para el razonamiento jurídico. Un discurso lógico sobre el análisis de los hechos que están en la norma, debe ser consistente y no presentar contradicciones con la argumentación jurídica. Así se garantiza el mejor instrumento para justificar la potestad discrecional que da legitimidad. Frente a una ley general, abstracta y vaga hay que realizar la interpretación de la norma. Este acto está encargado al legislador, al juez y a los abogados en sus alegatos o escritos jurídicos o en sus resoluciones.

Argumentando, (Atienza, 2008), señala que las “autoridades judiciales o administrativas al momento de resolver deben argumentar. Cuando los casos son fáciles los operadores de justicia aplican la subsunción de la norma a los hechos; sin embargo, ponen en práctica la conclusión cuando la norma es clara y se ajusta a los hechos”.⁸¹ Así, se aplicó en el siglo XIX y mediados del siglo XX, debido al nacimiento de la argumentación. Con anterioridad el juez era un mero aplicador de la norma *dura lex sed lex*. No podía hacer más de lo que planteaba la ley.

Pero el Derecho ha ido evolucionando y ahora se presentan casos difíciles en donde la autoridad administrativa o judicial en sus decisiones ya no solo aplica la simple subsunción de la norma. En estos tiempos tiene que argumentar con la doctrina, con los principios generales del derecho, con las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, con las sentencias de la Corte Internacional europea y con jurisprudencia.

En el caso de la contratación pública, cuando “el contratista incumple con las cláusulas del contrato, puede existir incertidumbre respecto de las sanciones a aplicar por los días de retraso o la decisión de un cierre unilateral del mismo, conforme se establece la LOSNCP”.⁸² Frente a esta situación se está ante un caso difícil por cuanto la norma no es clara; más bien es laxa o general. Por ello, cualquier decisión que la institución tome debe estar debidamente argumentada a fin de evitar la vulneración de los derechos y las garantías dispuestas en la Constitución y en la normativa de alcance nacional e internacional.

⁸¹ *Ibíd.*, 10.

⁸² *Ibíd.*, art. 94.

En el derecho administrativo, los derechos y las obligaciones nacen directamente de la norma o de su ejecución.⁸³ No opera como el principio de voluntad, sino como el principio de la necesidad. Por tanto, el contrato viene a ser la unión entre el Estado y Sociedad y por ello es tan importante la motivación y argumentación en el acto de contratación.

Esto se pone de manifiesto en los casos difíciles, en los cuales es necesario que el juzgador realice una serie de argumentos que aborden los distintos aspectos implicados en el tema, mediante una serie ordenada (encadenada) de razones que dan sustento y fundamento a la motivación del fallo de que se trate.

La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente, un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas y las razones que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso psicológico y sociológico que lleva a la decisión.

⁸³ José Luis Meilán Gil, *La Estructura de los Contratos Administrativos* (Madrid: Closas-Orcoyen, S. L., 2008), 2.

Capítulo segundo

La motivación en los actos administrativos en materia de contratación pública

2.1. Generalidades de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

A partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, elaborada por la Asamblea Constituyente en el año 2008, proclamado en el Registro Oficial Suplemento 395 del 04 de Agosto de 2008, el Ecuador dio un salto cualitativo en el desarrollo de los procesos de contratación al implementar una herramienta tecnológica para que utilicen de forma obligatoria en la fase precontractual y contractual los oferentes, contratistas, proveedores, entidades contratantes. El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, órgano rector en materia de contratación pública, cuyas competencias están establecidas en el Art. 10 de la LOSNCP, con el uso de las TICs los procesos de contratación se volvieron más ágiles y rápidos.

La ley ha implementado más de 24 procedimientos de régimen común y régimen especial, para las adquisiciones de bienes, servicios, ejecutar las obras o realizar consultorías, que las Instituciones de Derecho Público deben observar las formalidades establecidos en la norma a fin de que sus actuaciones cumplan con la legalidad. Los bienes y servicios la norma ha dividido en normalizados y no normalizados que dependiendo se establece el procedimiento para el caso de ejecutar obras, puedo contratar de forma directa con alguna Institución del Estado bajo el Régimen Especial o puedo llamar a convocatoria a los particulares, que dependiendo del monto del contrato puede ser ínfima cuantía, menor cuantía, cotización, licitación o contrato integral a precio fijo, lo que vuelve confuso para los funcionarios al momento contratar, dejando la exagerada discrecionalidad.

El SERCOP, institución de derecho público, técnico regulatorio encargada en elaborar los modelos de pliegos obligatorios para que utilicen las Entidades contratantes, las mismas que contiene información legal, financiera y técnica del producto que va adquirir y que sirven para que las entidades apliquen. En los pliegos se hallan las metodologías de evaluación de las ofertas con sus respectivos parámetros,

los formularios que los oferentes deben llenar y demás información que el oferente debe tomar en cuenta a la hora de presentar la oferta.

La LOSNCP ha establecido en todos los procedimientos tiene diferentes fases en el proceso de contratación que las entidades deben tomar en cuenta y son: preparatoria, precontractual y contractual. En cada una de estas etapas la entidad debe evacuar algunos actos administrativos como por ejemplo en la fase preparatoria debe contar con la certificación presupuestaria, es decir con los recursos económicos que vayan a cumplir con la obligación presente o futura, así como debe estar dentro de la planificación anual de contrataciones PAC, debe contar con los estudios que deben ser completos definitivos y actualizados del objeto contractual, conforme lo señala los Arts. 22, 23 y 24 de la LOSNCP.

En la fase precontractual se inicia con la convocatoria a todos los oferentes registrados como proveedores a través del portal de compras públicas, reciben la invitación a participar en el procedimiento, en los pliegos consta el cronograma de actividades que se va a desarrollar junto con el día y hora, el mismo que debe ser respetado tanto por la entidad y los oferentes. En este cronograma se evacuan algunas etapas tales como: la fase de preguntas y respuestas, convalidación de errores de forma de las ofertas en el caso de existir, calificación de las ofertas técnico y económica, hasta el informe en donde consta la recomendación de adjudicación a la mejor oferta a fin de que la máxima autoridad proceda con su adjudicación. Los responsables de la evacuación de estas actividades dependiendo del procedimiento y del monto del contrato son la “Comisión Técnica o el Delegado.”⁸⁴

En la fase contractual inicia con la suscripción del contrato entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera adjudicada y la máxima autoridad, quien designa al administrador del contrato que se encargara de vigilar controlar que se lleve a cabalidad en el plazo y con las especificaciones establecidas en los pliegos, hasta la entrega-recepción del objeto contractual, que en algunos casos hay la “entrega

⁸⁴ Ecuador: *LOSNCP*, Art. 49, 17; *RGLOSNCP*, Art. 18, 7.

provisional parcial o total y la entrega definitiva, con la suscripción de las respectiva acta”.⁸⁵

2.2. Actos administrativos en la Contratación Pública

Todas las actividades señaladas en las diferentes fases de la contratación pública, “la entidad emiten actos de simple administración como por ejemplo la emisión de la certificación presupuestaria, los estudios, es decir es la declaración unilateral de voluntad interna efectuada en ejercicio de la función administrativa”.⁸⁶ Los actos administrativos como la Resolución de Inicio y aprobación de los pliegos, Resolución de Adjudicación del contrato, tiene efectos jurídicos que afecta derechos subjetivos, y que las entidades deben motivar a fin de que sus actuaciones cumplan con los principios de legalidad y juridicidad, conforme el maestro Eduardo García de Enterría, manifiesta que “la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos.”⁸⁷.

Los hechos administrativos, se manifiestan a través de “la actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas ejecutadas en ejercicio de la función administrativa productora de efectos jurídicos directos o indirectos”,⁸⁸ que pueden ser la ejecución de la construcción de un puente, el derrocamiento de una edificación. Otra de las actividades que realiza la administración es los contratos administrativos, que “es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”⁸⁹.

La norma aplicable a la contratación pública crea al Sistema Nacional de Contratación Pública que es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos, y que uno de los objetivos es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad⁹⁰, es decir busca que todas las actuaciones de la entidad contratante sean transparentes, que deben ser publicados en el portal de compras públicas todos

⁸⁵ Ecuador: *LOSNC*P, Arts. 68, 69, 70, 71 y 81, 22-26; *RGLOSNC*P, Art. 112, 113, 122, 23, 24 y 25, 6-40.

⁸⁶ Ecuador: *Código Orgánico Administrativo*, Art. 120, 22.

⁸⁷ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho*, 449.

⁸⁸ Ecuador: *Código Orgánico Administrativo*, Art. 127, 23.

⁸⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Administrativo*, 125, 23.

⁹⁰ Ecuador: *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Arts. 7-9, 2.

los actos administrativos que sean relevantes para que sea sometidos al escrutinio de la ciudadanía, que según Antonio Pérez manifiesta lo siguiente:

La vigencia y aplicación de los principios determinados en una ley son relativas, puesto que como se conoce, en Derecho Público no pueden hacerse inferencias a base de principios. En efecto, el principio podría servir para interpretar la norma que no es suficientemente clara, de acuerdo a lo dispuesto en el siguiente artículo (Art. 5) pero no para sustituirla o, peor, contradecirla. Por supuesto que algunos de estos principios resultan autoejecutables.

Al lado de los principios autoejecutables existen otros más genéricos y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad.

Existen ciertos principios generales para los procedimientos de la contratación, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de contar para la contratación idónea y justa.⁹¹

De la misma manera Enrique Rojas Franco manifiesta sobre la transparencia en los procesos de contratación que:

El principio de transparencia en los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política.⁹²

En la norma, se han establecido los siguientes principios, que las entidades deben observar al momento de iniciar un proceso de contratación que son: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato⁹³, para que sus actuaciones sean legítimas, además estos principios han ido cambiando largo de la historia del derecho público y por tanto de la contratación pública, los principios de la contratación pública son, como lo señala Álvarez, los siguientes: “transparencia, libre competencia, y trato justo e igualitario; en el entendido que se están empleando recursos públicos con el objetivo de satisfacer finalidades públicas.”⁹⁴

La vigencia y aplicación de los principios determinados en una ley son relativas, puesto que como se conoce, en Derecho Público no pueden hacerse inferencias a base de principios. En efecto, el principio podría servir para interpretar la norma que no es suficientemente clara, de acuerdo a lo dispuesto en el siguiente artículo (Art. 5) pero no para sustituirla o, peor, contradecirla. Por supuesto que algunos de estos principios resultan autoejecutables.

⁹¹ Antonio Pérez y Pérez Efraín: *Manual de Contratos del Estado*, (Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 25.

⁹² Rojas, *Derecho Administrativo*, 260.

⁹³ LOSNCP, Arts. 4-5, 1.

⁹⁴ Alejandro Álvarez, “*Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*”, (Lima-Perú, Ed. Marketing Consultores, 2006), 48.

Al lado de los principios autoejecutables existen otros más genéricos y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad. Existen ciertos principios generales para los procedimientos de la contratación, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de contar para la contratación idónea y justa.”⁹⁵

2.3. La motivación en los actos administrativos en materia de contratación pública

De acuerdo a la norma Constitucional, legal, los precedentes jurisprudenciales y la doctrina manifiestan que “es necesario que los actos administrativos sean motivados o explicados de forma clara por qué toman las decisiones”⁹⁶. En materia de contratación pública hay varios actos administrativos que necesariamente deben ser motivados y argumentados como la Resolución de Inicio y aprobación de los pliegos, la resolución de cancelación del procedimiento y declaratoria de procedimiento desierto. Entre otros, en donde constan alguna información que debe ser explicada como son “las especificaciones técnicas y los términos de referencia del objeto contractual, que garantice la calidad del gasto, que debe estar en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo”.⁹⁷

En los pliegos constan las condiciones generales que contiene aquella información y reglas de participación que son comunes al objeto de contratación y por tanto no requieren de variación alguna; por ello, no son materia de ajuste y/o modificación por parte de las entidades contratantes; mientras en las condiciones particulares la entidad señala las especificidades del procedimiento al que convoca y para el efecto detallará e individualizará las condiciones del mismo y del contrato a suscribirse. En consecuencia, deberá realizar los ajustes y/o modificaciones a las condiciones particulares, así como “la determinación y aplicabilidad de los componentes de los formularios previstos, así como incorporará o sustituirá la redacción por otro contenido que a su criterio le es aplicable”.⁹⁸

Previo a la Resolución de Aprobación de los pliegos, la entidad contratante debe verificar que el objeto contractual conste en la Planificación Anual de Contrataciones PAC, contar con “la respectiva partida presupuestaria y los estudios que deben ser completos, definitivos y actualizados”⁹⁹, para ello el SERCOP dentro de

⁹⁵ Pérez y Pérez, *Manual de Contratos*, 25

⁹⁶ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 208.

⁹⁷ LOSNCP, Art. 9.1, 3.

⁹⁸ Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, Arts. 105, 06, 07, 08 y 09, 4-24.

⁹⁹ LOSNCP, Art. 23, 4.

sus competencias ha dictado la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, Art. 105 disponiendo que las Entidades antes de iniciar el procedimiento de contratación pública deben contar con las especificaciones técnicas de los bienes o rubros requeridos; o los términos de referencia para servicios incluidos los de consultoría, de conformidad con los análisis, diseños, diagnósticos y estudios de lo que se va a contratar.

Los términos de referencia y las especificaciones técnicas del objeto contractual no deben afectar los principios de la contratación pública, como el trato justo e igualitario de los oferentes con el fin de evitar el direccionamiento a favorecer a cualquier oferente, por tanto deben ser claras, completas e inequívocas, no deben presentar ambigüedades ni contradicciones, que permitan diferentes interpretaciones de una misma disposición ni indicaciones parciales sobre determinado tópico¹⁰⁰, además no se podrá hacer referencia a marcas de fábrica o de comercio, nombres o tipos comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, ni a determinados orígenes o productores o proveedores.

En el mencionado acto administrativo deben ir todas estas consideraciones a fin de que se materialice los principios de la contratación pública, “están sometidos a los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión”¹⁰¹. Algunos tratadistas como Luis Trujillo manifiestan que “las resoluciones causan estado o se encuentran firmes cuando han sido dictadas por autoridad competente y se ha agotado la vía administrativa”.¹⁰² Y Juan Francisco Linares indica que “el acto administrativo es en principio irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos”,¹⁰³ sin embargo, es indispensable que reúna los requisitos esenciales de validez (forma y competencia).

2.3.1. La motivación del informe de la Calificación de las Ofertas

Dentro de la etapa precontractual, se evacua la calificación de las ofertas presentadas por los concursantes, esta evaluación se basa en los parámetros técnico económico y es realizada por la Comisión Técnica, que está integrada por un profesional designado por la máxima autoridad, quien lo presidirá; el titular del área

¹⁰⁰ Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, Art. 108, 20.

¹⁰¹ Falla Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, (Madrid, 1963), 380

¹⁰² Luis Trujillo Soto, *El Acto Administrativo en la Contratación Pública*, 110.

¹⁰³ Juan Francisco Linares, *Fundamentos del Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Astrea, 1975), 341.

requirente o su delegado; y, un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad, o también puede ser evacuada por el delegado, quienes serán funcionarios o servidores de la entidad contratante, para el caso del procedimiento de licitación también integrará con voz pero sin voto el Director Financiero y el Director Jurídico o sus delegados, o el delegado de la máxima autoridad, dependiendo del monto y el objeto contractual¹⁰⁴, quienes son responsables de elaborar el informe, con la recomendación expresa de adjudicación a la oferta que haya cumplido con el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los numerales 17, 18 y 19 del Art. 6 de la LOSNCP, y, a los parámetros objetivos de evaluación previsto en cada procedimiento.

Este informe debe estar contenido de forma motivada las causas por las que fueron y no fueron convalidadas las ofertas presentadas, en el caso que los requerimientos de convalidación notificados por la entidad contratante no fueran presentados por el oferente en el término fijado para el efecto, o presentados no resulten satisfactorios, será causal para el rechazo o descalificación de la oferta; siempre y cuando éstos comprometan un requisito o capacidad jurídica, técnica o económica establecidos como mínimos en los pliegos del procedimiento.

En los parámetros de evaluación de las ofertas establecidos en las condiciones particulares de los modelos de pliegos de los diferentes procedimientos de contratación de Régimen Común y Especial tienen por objeto establecer los criterios fundamentales para la determinación de las capacidades técnicas, económico-financieras y/o jurídicas de los participantes y sus ofertas. Las entidades contratantes deberán acoger los parámetros de evaluación previstos en los modelos de pliegos expedidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública “para los respectivos procedimientos de contratación pública, los mismos que serán analizados y evaluados al momento de la calificación de las ofertas”.¹⁰⁵

En este informe se debe motivar a fin de que los oferentes acepten no de forma obligatoria sino que miren que la actuación de la administración ha sido justa, Víctor Moscoso Torres, manifiesta que la motivación es la declaración de las circunstancias fácticas y jurídicas que han inducido a la emisión del acto que está contenida dentro de lo que usualmente se denominan “considerandos”. Señala que la constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” de acto. También, el autor menciona que “es la

¹⁰⁴ *RGLOSNC*P, Art. 18, 7.

¹⁰⁵ *Resolución RE-SERCOP-2016-0000072*, Arts. 162, 63-65, 30.

fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión”.¹⁰⁶

2.3.2 La motivación en la Resolución de Adjudicación

De conformidad a la LOSNCP la Resolución de adjudicación define que “el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”¹⁰⁷, Se trata también de resoluciones de carácter subjetivo, y no tiene carácter objetivo; “la importancia de diferenciarlas, radica en los medios de impugnación que pueden ejercitarse contra ellas. Si se trata de una resolución de carácter subjetivo, la acción pertinente será la nulidad y de restablecimiento del derecho [...] tratándose de una resolución de carácter general, en el cual el interés de su impugnación es el de conservar el orden jurídico, la acción pertinente sería la de nulidad”.¹⁰⁸

Sobre la adjudicación, se tiene que es:

El acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.¹⁰⁹

Con la evacuación de este acto administrativo se pone fin a la etapa precontractual, el mismo que debe estar motivada, para que la ciudadanía conozca que se ha entregado el contrato a la mejor oferta, es decir aquella que ha cumplido con todos los parámetros técnicos, financieros y legales establecidos en los pliegos, y evitar de que la entidad contratante invoca la norma jurídica dispersa muchas veces no vinculada con los presupuestos de hechos, lo que vuelve inentendible para el ciudadano, por cuanto la norma jurídica al ser general, abstracta e hipotética requiere de un ejercicio de interpretación por parte del funcionario a fin de que la explicación sea clara suficiente y pueda convencer de que la actuación de la Administración ha cumplido con el principio de trato justo.

¹⁰⁶ Víctor Jubes Moscoso Torres, *Manual de Derecho Administrativo*, (Lima, Perú: UIGV, 2004), 162.

¹⁰⁷ LOSNCP, Art. 6, numeral 1, 3.

¹⁰⁸ Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, Tomo II, (Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1997), 190.

¹⁰⁹ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, (Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999), 419.

La motivación es importante en este acto administrativo a fin de que los participantes se convenzan, ya que es necesario dar razones que justifiquen el curso de una acción, explicar requiere más que la simple enumeración de antecedentes causales de la acción, la motivación es una categoría más compleja que la simple explicación del uso de las potestades (el uso desgasta), sino más bien el ejercicio de dichas potestades (el ejercicio fortalece) demostrando que la decisión es legal y racionalmente justificada, conjugando adecuadamente, para producir la mejor decisión que racionalmente la ley haga posible.

2.3.2.1. Criterios de Adjudicación

La Ley de Contratación Pública, previa a la actual indicaba que la adjudicación debía hacerse a “la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, lo que dejaba la puerta abierta a la subjetividad. Sin embargo, la adjudicación del contrato continúa manteniendo un alto componente de discrecionalidad, pero esa discrecionalidad se encuentra restringida por la razonabilidad en el cumplimiento de los parámetros señalados por la Ley”,¹¹⁰ por cuanto se debe adjudicar el contrato bajo el criterio de mejor costo, que no quiere decir a la oferta al costo más bajo, conforme se define en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP:

- Mejor costo en bienes o servicios normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

Se entiende por bien o servicio normalizado a aquél cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas; que luego del análisis realizado se debe adjudicar al proveedor que haya cumplido con los requisitos establecidos en los pliegos, al precio más bajo; observando los márgenes de preferencia que establece la ley.

- Mejor costo en obras, bienes o servicios no normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección., cuyos parámetros de evaluación deberán constar en los Pliegos.

“La oferta más conveniente no es necesariamente la de menor costo. El menor costo es solo uno de los criterios de selección y no la regla constante de adjudicación, pues influyen otros factores que pueden ser mayor capacidad técnica, el tipo y la calidad de

¹¹⁰ Antonio Pérez, *Manual de Contratos del Estado*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 221.

los materiales ofrecidos, la incorporación de nuevas tecnologías, plazos de entrega, etc. Puesto que toda participación tiene una cuota de incertidumbre, pues no solo gana la licitación el mejor precio, sino por las mejores condiciones técnicas, aunque no siempre resulten menos costosas”.¹¹¹

Los parámetros de calificación deben constar en los pliegos a fin de que los oferentes tengan conocimiento de la forma de evaluación, sin embargo se puede señalar que la entidad realiza los estudios sin la motivación respectiva, originando dudas sobre el direccionamiento a fin de beneficiar a determinado oferente.

- Mejor costo en consultoría: criterio de “calidad y costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.¹¹²

La decisión de adjudicar debe ser tomada con neutralidad, que es entendida como la “ausencia de toda valoración moral, política o de cualquier otro tipo”¹¹³; sin embargo se puede señalar que es difícil la neutralidad, puesto que la decisión dependa del criterio de una persona.

El tratadista, (González Pérez; 2002), manifiesta que:

La motivación es la exigencia dirigida a las entidades del Estado de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan la decisión, lo que vendría a constituir un requisito formal aunque, de acuerdo al desarrollo la jurisprudencia y la doctrina, constituye también un requisito de fondo e indispensable, ya que supone dar a conocer los motivos que justifican los pronunciamientos estatales y dan a conocer el proceso lógico y jurídico que ha determinado la resolución administrativa.¹¹⁴

2.3.3. La motivación en la terminación unilateral del contrato

Dentro de las potestades exorbitantes que tiene la administración está la de poder declarar la terminación unilateral del contrato, por cualquiera de las causales establecidas en el Art. 94 de la LOSNCP, por esto se hace indispensable que explique cuáles son las razones Esta motivación de los actos de poder público pasó de ser una simple enunciación y descripción de normas a un ejercicio de inclusión democrática de los administrados en las actividades públicas, pues la motivación prácticamente se convierte en un sistema de rendición de cuentas de las razones y motivos que le llevó

¹¹¹ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, 425.

¹¹² Ecuador: *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Artículo 6, 3.

¹¹³ Fernando Villaseñor Rodríguez y otros, “La imposibilidad de la neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación”, *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, (México: Ed. Porrúa, 2012), 294.

¹¹⁴ Jesús González Pérez, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed, (Madrid, España: Ed. Civitas, 2002), 338.

al órgano administrativo a tomar tal o cual decisión, por el mismo hecho de causar efectos jurídicos particulares en la vida de los ciudadanos.

En materia de contratación pública, la Administración puede contratar con un particular (ya sea persona natural o jurídica, de forma individual o en consorcio), se puede presentar dos formas de terminación contractual, la primera de “forma normal”¹¹⁵ y una segunda de forma “anormal”. Los contratos se extinguen en la primera forma, cuando se han cumplido las obligaciones contractuales; es decir, cuando se ha ejecutado el objeto del contrato; mientras que se extinguen de forma “anormal”, cuando no se ha cumplido con el objeto contractual, en cualquiera de las formas tiene que cumplir con el principio de legalidad, es decir, debe estar encuadrado en la norma jurídica.

En el artículo 92 de la LOSNCP prescribe los causales de terminación de los contratos públicos, siendo éstas “por cumplimiento de las obligaciones contractuales” (forma normal), por “mutuo acuerdo de las partes”, por “sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista”, por “declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista” y, “por muerte o extinción de la persona jurídica contratista (en este último caso, siempre que haya sido por decisión interna voluntaria de los órganos competentes).

La terminación unilateral del contrato es una de las formas de extinción de las obligaciones contractuales de carácter anormal, puesto que no se ha cumplido con el objeto del contrato; esta forma de terminación del vínculo contractual se encuentra prevista y normada por la LOSNCP; y que constituye una manera de extinguir las obligaciones. La terminación unilateral y anticipada de los contratos es analizada desde la teoría general de los contratos administrativos, pues según exponen los doctrinarios, uno de los presupuestos esenciales que diferencian al contrato administrativo del civil es la desigualdad de las partes, en donde el interés general está sobre el interés privado o particular.¹¹⁶

¹¹⁵ Inés María Baldeón B., “Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual”, (Quito: Fondo Empresarial CEAS, 2015), 1-2.

¹¹⁶ Manuel de la Puente y Lavalle, “Las cláusulas exorbitantes” (Bogotá: revista de Derecho Themis, 2015), <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365/10818>>. Consulta: 25 de Noviembre, 2017.

De esta manera manifiesta Manuel de la Puente y Lavalle, que la terminación unilateral de los contratos en la doctrina se la considera como “cláusula exorbitante”, pues constituye de forma evidente, una prerrogativa que tiene la administración únicamente en virtud del interés público del objeto contractual.

El criterio de (Mazeud y Chabas, 1990), es importante puesto que señalan que “la terminación unilateral del contrato a menudo ha sido percibida en la doctrina con desconfianza, como una excepción a la fuerza obligatoria del contrato.”¹¹⁷; Y que (Maurie y Aynes, 1990), manifiestan que constituye “una figura anormal o extraña”.¹¹⁸

Haciendo un estudio en el Derecho Comparado, en la doctrina tradicional francesa, con el fin de preservar la unidad de la noción del contrato y defender su fuerza obligatoria, sostiene que el acto unilateral es siempre es el resultado de la común intención de las partes, esto debido al hecho de que, la terminación unilateral está consagrada en la ley, o ha sido acordada en el contrato, desde el momento de suscripción contractual, las partes conocen y son conscientes del régimen legal y que es aplicable de las cláusulas pactadas; de allí que el ejercicio de la terminación unilateral es aceptada y se justifica de forma consensuada.

La doctrina francesa se considera inclusive, para que proceda la terminación unilateral del contrato, debe existir una voluntad común (tácita) de las partes; pues al momento de la celebración del vínculo contractual, (siendo un instrumento de naturaleza pública y no privada), las partes deben conocer y estar de acuerdo, no únicamente con las obligaciones y derechos que constan de manera expresa en el instrumento contractual; sino de las consecuencias jurídicas que se derivan de la norma especial aplicable a los contratos públicos.

De esta manera se evidencia claramente que las partes que intervienen en la suscripción de un contrato -específicamente el contratista- conocen y aceptan las condiciones establecidas en el contrato, por tanto la cláusula de terminación unilateral del contrato es aceptada y por ende podrá ser aplicada posteriormente si existieran incumplimientos. Esta facultad, que tiene la Administración para declarar terminado unilateralmente un contrato, debe estar debidamente motivada a fin de que sus actuaciones sean legítimas ya que caso contrario puede ser arbitraria para conseguir beneficiar con una posterior contratación directa a otra persona natural o jurídica,

¹¹⁷ J. Mazeud y F. Chabas, *Leçons de droit civil*, (París: Cujas, 1990), 330.

¹¹⁸ P. Maurice y L. Aynes, *Droit Civil Les obligations*, 2ª. ed., (Paris: Cujas, 1990), 330.

como lo establece la LOSNCP en su artículo 95, al referirse que “una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto contractual que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley”.¹¹⁹

Más adelante el mismo el autor, manifiesta que la terminación unilateral no constituye una excepción al principio de irrevocabilidad del contrato, sino que contrariamente, forma parte del mismo, Enfatizando que “la fuerza obligatoria del contrato no se limita a la fórmula “todo contrato celebrado válidamente es ley para las partes”. Ese enunciado hay que completarlo “y no puede ser dejado sin efectos sino por causas legales o mutuo disenso”.¹²⁰ Por consiguiente, dicho principio admite unas causales legales de ineficiencia sobrevenida, entre las cuales se encuentra la terminación unilateral. Además, algunas veces esa facultad de terminación unilateral tiene su origen precisamente en el contrato, por lo que mal podría hablarse de “violación de la voluntad contractual.”¹²¹

La terminación unilateral, por lo tanto, no debería considerarse de ninguna forma como una contravención al principio de fuerza obligatoria del contrato, ni mucho menos una forma de violación del instrumento contractual, a excepción que dicha terminación fuere realizada en forma arbitraria; “por lo tanto, la fuerza obligatoria del contrato no rechaza toda terminación unilateral, sino solo aquella que no tenga un fundamento legal o contractual o que sea arbitraria”.¹²²

En relación a la voluntad de las partes para dar por terminado el contrato de forma unilateral, (Houin, 1973), manifiesta que:

Excesiva porque da demasiada importancia a la voluntad hipotética de las partes. Cada quien al momento de celebrar el contrato, acepta someterse al régimen legal o convencional que le es propio. Tal es solamente el papel de la voluntad común al momento de la formación del contrato. Si más adelante una de las partes lo da por terminado, la voluntad del otro contratante no juega ningún papel, por cuanto el acto unilateral produce sus efectos por la sola voluntad de su autor, sin que sea necesario el consentimiento de la otra parte.¹²³

Con lo que se tiene que esto, resulta erróneo al observar la terminación unilateral como una excepción a la falta de voluntad mutua para la terminación de un

¹¹⁹ Ranfer Molina Morales, “*La terminación unilateral del contrato ad nutum*” (Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2006), 128-129.

¹²⁰ *Ibíd.*, 130.

¹²¹ *Ibíd.*, 131.

¹²² *Ibíd.*, 132.

¹²³ B. Houin, “*La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*” (París: These, 1973), 50.

contrato administrativo; si bien es cierto, existe una desigualdad entre las partes, puesto que, de mutuo acuerdo y de buena fe, aceptan las condiciones legales y convencionales al momento de suscribir el contrato, y han decidido someterse a los efectos jurídicos derivados de esta relación, comprendida “la potestad que tiene la Administración para poder dar por terminado el contrato, siempre que se enmarque en una causa justa”.¹²⁴

Ahora se ha contextualizado y definido el alcance que tiene la terminación unilateral, es preciso definirla o al menos expresar una noción de lo que significa este término. Según (Molina, 2006), esta labor resulta bastante compleja, puesto que “la terminación unilateral es una noción de difícil delimitación dada su proximidad con otras técnicas jurídicas con las que presenta algunas semejanzas, y a causa de la terminología heterogénea que para referirse a ella emplea la doctrina”¹²⁵

Dentro de la norma aplicable contiene que la Administración amparado en lo determinado en el Art. 94 de la LOSNCP puede declarar la terminación unilateral del contrato que dice:

Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.¹²⁶

¹²⁴ Ecuador, *Código Civil*, respecto del efecto de las obligaciones, en el artículo 1461 prescribe que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”, 264.

¹²⁵ Molina, *Terminación Unilateral*, 134.

¹²⁶ LOSNCP, Art. 94.

Previo a declarar la terminación unilateral del contrato, la máxima autoridad tiene que cumplir con la garantía el debido proceso es decir, otorgándole el derecho a la defensa, notificándole con la decisión de dar por terminado el contrato de forma unilateral adjuntándole los informes técnico económico detallando el incumplimiento o la mora en que ha incurrido a fin de que remedie en el término de diez días, conforme lo prescribe el artículo 95 de la LOSNCP.

Por lo expuesto en la mencionada Resolución de Terminación Unilateral del Contrato y la Declaratoria de Contratista Incumplido debe estar debidamente motivado a fin de evitar que sus actuaciones sean declaradas nulas, pues como señala Sayagues Laso y Martins “la motivación constituye, además de un justificativo de la acción administrativa, un medio para permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.”¹²⁷

La jurisprudencia Argentina (Corte Federal, 1988), señala que “la motivación consiste en la manifestación de la causa que indujo a la administración pública para el emisión de los actos”.¹²⁸ Mientras que, desde otra perspectiva la motivación “se refiere a expresar las situaciones de hecho y derecho que conllevaron a la decisión o acto, por tanto, comprende la argumentación fáctica mediante la cual se sostiene la legalidad y pertinencia de las decisiones tomadas en la administración pública, representando así el punto de inicio para juzgar tal principio de legitimidad”.¹²⁹

2.4. La motivación en el procedimiento de Cotización de Obras

Con la vigencia de la norma de la LOSNCP se implementó varios procedimientos que se los denominó preferentes tales como la menor cuantía y el de cotización para la adquisición de bienes, servicios y ejecutar obras, cuyo fin es promover, a los sectores de la economía popular y solidaria, la participación nacional, priorizando la mano de obra local. Igual que el resto de procedimientos debe contar con la certificación presupuestaria a fin de que se garantice la obligación presente y futura, constar en el plan anual de contrataciones, contar con los estudios, planos arquitectónicos y estructurales que deben ser completos, definitivos y actualizados, para iniciar el presente proceso.

¹²⁷ Enrique Sayagues Laso y Daniel Hugo Martins, “*Tratado de Derecho Administrativo Volumen III*” (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998), 460.

¹²⁸ Jorge Zabala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Ecuador: Edilex, 2011), 321

¹²⁹ *Ibíd.*, 363.

Para que la entidad contratante tome el procedimiento de cotización para la ejecución de alguna obra, tiene que tomar en cuenta el presupuesto referencial que deben estar dentro de los márgenes establecidos en el numeral 2 del Art. 50 que dice: “La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”, es decir los montos van en relación con el presupuesto inicial del Estado que cada año varia.

En atención al principio Constitucional de las compras públicas que establece en el Art. 288 que se priorizara y promoverá la participación nacional, se creó este procedimiento para la participación local con profesionales micro y pequeñas empresas o sectores de la economía popular y solidaria de manera individual o asociativa que estén habilitadas en el RUP, asignándoles a este sector un puntaje adicional en la participación de este procedimiento.

Este procedimiento preferencial a la participación local se materializa en los modelos de pliegos, en la sección de la evaluación de las ofertas bajo la metodología de asignación de puntajes establecido en el siguiente cuadro:

Parámetro	Valoración
Experiencia general	
Experiencia específica	
Experiencia del personal técnico	
Otro(s) parámetro(s) resuelto(s) por la Entidad *	Hasta 5 puntos
Oferta económica	Desde 50 hasta 60 puntos
Subtotal	La sumatoria debe ser 85 puntos
MYPES y EPS	5 puntos
MYPES y EPS Locales	10 puntos
TOTAL	La sumatoria debe ser 100 puntos

La Comisión Técnica, integrada conforme lo señala el Art. 18 del RGLOSNC, es la encargada de llevar toda la fase precontractual, es decir desde la convocatoria, absolver preguntas por parte de los oferentes, convalidación de errores de forma de las ofertas, calificación de las ofertas técnico y económico, la misma que debe cumplir dos metodologías que son el cumplimiento de los requisitos mínimos, a través de cumple/no cumple y por medio del puntaje de acuerdo al cuadro señalado, hasta la recomendación a la oferta que cumplió con el mejor costo de acuerdo a los parámetros financieros, técnicos y legales, establecidos en los pliegos.

Con este informe, queda a discrecionalidad de la autoridad máxima tomar o no esta recomendación para realizar la adjudicación a la mejor oferta, tomando en cuenta que la mejor oferta no necesariamente tiene que ser la oferta más económica sino aquella que reúna con las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales. La Resolución de adjudicación debe estar debidamente motivada, conforme lo señala el Art. 32 de la LOSNCP, y de acuerdo a mi criterio es el juicio que la autoridad debe apreciar el motivo y relacionarlo con la disposición de la norma aplicable, es decir, explicar las razones que fundan y justifican el acto, (Maldonado, 1986), explica:

Se entiende por motivo las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un acto administrativo en conformidad con el Ordenamiento Jurídico y por motivación la expresión de estos motivos en el acto administrativo mismo, en otras palabras, la consignación expresa y suficiente explícita de motivos en los "vistos" y "considerandos" de la decisión adoptada.¹³⁰

Evacuado este acto administrativo se procede a suscribir el contrato entre el Representante Legal de la entidad contratante y la persona natural o jurídica adjudicataria, este contrato debe cumplir los requisitos establecidos en el Art. 68 de la LOSNCP, con las cláusulas obligatorias que establece en el Art. 71, además se designara el administrador de contrato quien velara por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.¹³¹ Además para el presente caso de obras, se designara un fiscalizador, quien debe ser un profesional de la construcción a fin de que supervise y fiscalice del desarrollo del contrato, conforme lo dispone los Art. 70 y 80.

Para el procedimiento de cotización de obras se establece dos clases de recepción una provisional y otra definitiva la misma que debe existir por lo menos un lapso de seis meses, entre cada recepción, a fin de que no exista vicios ocultos que puedan afectar los bienes públicos,¹³² estas actas de entrega-recepción deben estar detalladas con la información que contenga los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes

¹³⁰ Iván Aróstica Maldonado, *La Motivación en los Actos Administrativos en el Derecho Chileno*, (Santiago: Universidad de Chile, 1986), 499.

¹³¹ *RGLOSNC*P, Art. 32, 78, 81, 22-63.

¹³² *LOSNC*P, Art. 81, 22. y *RGLOSNC*P, Artículo 122, 25.

de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

Todos estos actos administrativos realizados para esta clase de procedimientos que se afecte derechos subjetivos por mandato Constitucional y legal deben estar debidamente motivados, es decir explicados de forma clara, suficiente, argumentada de forma que la ciudadanía quede satisfecha con sus actuaciones a fin de conseguir la legitimidad, conforme señala (Secaira, 2004), sobre la motivación, expresando que “es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo”.¹³³ En la cual, debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual le permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema.

¹³³ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito, Ed. Universitaria, 2004), 185-87

Capítulo tercero

Análisis de procedimientos de cotización de obras realizados por algunas Instituciones del Estado en relación a la motivación

En este capítulo corresponde analizar si los actos administrativos emitidos por las entidades contratantes en los procedimientos de Cotización de Obras en la etapa precontractual y contractual, como la calificación de las ofertas, la adjudicación de los contratos, y la terminación unilateral del contrato, cumplen con el principio constitucional y legal de la motivación, requisito de validez que todo acto administrativo, conforme lo determina el Código Orgánico Administrativo,¹³⁴ además que se encuentra en el catálogo de garantías al debido proceso, derecho tutelado por la Constitución a fin de asegurar la legitimidad de las decisiones emanadas por la Administración.¹³⁵

3.1. Análisis de la motivación en la calificación de las ofertas en el procedimiento No. COTO-GPM-002-2017

El Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Manabí, convoca a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios o compromisos de asociación, que se encuentren habilitadas en el Registro Único de Proveedores - RUP, que tengan su domicilio fiscal en el Ecuador, legalmente capaces para contratar, a que presenten sus ofertas para ***OBRAS DE DRENAJE EN LA VIA CAÑITAS-CERRITO ARRIBA-CERRITO ABAJO DE LA PARROQUIA MEMBRILLAL DEL CANTON JIPIJAPA***, bajo el procedimiento de Cotización de Obras con código es No. COTO-GPM-002-2017, con un presupuesto referencial de **284.528,36000 (Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Veintiocho dólares 36000/100000 centavos)** dólares de Estados Unidos de América, sin incluir el IVA, y el plazo estimado para la ejecución del contrato de **150 días**.

La entidad contratante procede a evacuar los actos administrativos establecidos en el cronograma de actividades que inicia desde la convocatoria o invitación a los proveedores habilitados de acuerdo a su código CPC a través del portal de compras públicas cuyo número de invitados asciende a 22.191, luego se procede absolver

¹³⁴ COA, Art. 99, 12.

¹³⁵ Constitución de la República de Ecuador, Art. 76, numeral 7, literal 1, 33.

preguntas o aclaraciones con respecto a los pliegos, pero resulta que no existe preguntas realizadas por ningún invitado, luego viene la entrega de ofertas de forma física y través del portal de compras públicas, para que analice si tiene errores de forma a fin de convalidar, luego viene la calificación de las ofertas, conforme lo prescribe el Art. 54 del RGLOSNCP.

Según el informe de calificación de las ofertas en el presente procedimiento la Comisión Técnica procede a evaluar a la única oferta presentada por la empresa *HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.*, conforme consta en el portal de compras públicas, bajo la metodología cumple/no cumple reflejado en la Tabla 1, cuya versión en original se encuentra en el Anexo 1.

Tabla 1
Parámetros considerados en el Acta de Calificación de la oferta

No.	Parámetro	Cumple	Fundamento
1	Integridad de la oferta	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
2	Equipo mínimo	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
3	Personal técnico mínimo	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
5	Experiencia general mínima	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
6	Experiencia mínima del personal técnico	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
7	Experiencia específica mínima	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
8	Metodología y cronograma	Si cumple	Cumple con los requisitos solicitados en el pliego
8	Patrimonio (Personas Jurídicas)	Si cumple	
Resultado	<i>Si cumple</i>		

Elaboración propia

Fuente: www.sercop.gob.ec

Como se puede observar la Comisión Técnica no sigue el modelo establecido en los pliegos dispuestos por el SERCOP, puesto que no consta la casilla de no cumple necesaria en los casos donde la oferta presentada no cumpla con algún parámetro.

Si bien el SERCOP emite los modelos de pliegos, en los que consta en el cuadro de los diferentes rubros y que la entidad los llena, están en la obligación de ampliar detallando si la oferta estuvo llena todos los formularios de forma correcta o se envió

a convalidar algún error de forma, si la oferta cuenta con el equipo requerido, si es propio o arrendado, se presentó las facturas o títulos de propiedad, o el contrato de arrendamiento, que comprueben que tiene el equipo el oferente, de la misma manera el personal técnico cuenta con los requisitos académicos y de experiencia en la rama y durante qué tiempo, etc., de forma que la ciudadanía que accede a revisar el proceso se convenza que la Entidad ha cumplido con el principio de la motivación requisito fundamental para que las actuaciones administrativas sean válidas y de trato justo, igualdad, legalidad principios de la contratación pública.

Por su parte, en el apartado 4.1.5. referente a la experiencia del personal técnico resultaría idóneo incorporar dentro del formulario la descripción de la función principal que desempeñará el profesional requerido, en virtud que un especialista puede contar con mayor competencia en un subsistema o área laboral distinta a la necesaria para la construcción de la obra específica. Además se observa que no se mencionan las funciones a desarrollarse por parte del superintendente de obra, residente de obra y el topógrafo, los informes a cada uno dentro de las funciones que debe cumplir el contratista durante el desarrollo de la obra.

En la Tabla 3 se evidencian los resultados obtenidos a través de la metodología del puntaje de la oferta realizada por la Comisión Técnica, cuyo resultado es el siguiente:

Cuadro 3

Resultados de evaluación por puntaje de la empresa HGL&M Construcciones S.A.

No.	Parámetro	Puntaje máximo previsto	Puntaje obtenido	Observación
1	Experiencia general	10,00	10,00	Cumple con lo requerido en los pliegos
2	Experiencia específica mínima	10,00	10,00	Cumple con lo requerido en los pliegos
3	Experiencia mínima del personal técnico	5,00	5,00	Cumple con lo requerido en los pliegos
4	Metodología y cronograma	60,00	60,00	Cumple con lo requerido en los pliegos
5	MYPES y EPS	5,00	0,00	

8	MYPES y EPS Locales	10,00	0,00	
Resultado			85,00	

Elaboración propia

Fuente: www.sercop.gob.ec

Se puede observar que en todos los parámetros plasmados en el casillero de observaciones se evidencia el cumplimiento de los requisitos del pliego, más no se refleja una explicación o argumentación jurídica suficiente para otorgar el puntaje. En el caso de la experiencia general, los pliegos manifiestan que:

Se otorgará un máximo de 10 puntos por concepto de experiencia general, de conformidad a lo requerido en los requisitos mínimos. Se aceptará como experiencia mínima a partir del 80 por ciento del monto total referencial y se le asignará el puntaje proporcional correspondiente, con relación, al que acredite el mayor porcentaje de la experiencia requerida en el párrafo anterior (si adjuntará un solo contrato ejecutado cuyo monto sea igual o superior al 100 por ciento del referencial se le asignará automáticamente el total del puntaje requerido). Para la evaluación de la antigüedad de una experiencia, el cálculo de los periodos tendrá como fecha límite aquella que corresponda a la convocatoria.

En este sentido, la Comisión a partir de este requerimiento debe fundamentar su calificación a la oferta, resultando necesario motivar su decisión como lo manifiesta en su libro Eduardo García de Enterría, que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 que dice:

Quando se coarta –dice-, como en este caso, el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifiquen deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no solo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”¹³⁶

Es importante indicar, que respecto al apartado 4.1.4. relativo a la experiencia general y específica mínima, específicamente en la temporalidad se evidencia un tiempo de cinco años violentando así el principio de igualdad y trato justo, por cuanto, debe considerarse ampliar el tiempo de este requerimiento, ya que por ejemplo un profesional que ha realizado una obra hace diez años, esta experiencia ya no tendría ningún valor por cuanto no está dentro de los cinco años que pide la entidad, ya que a mayor experiencia tiene mayor competencia para la ejecución del trabajo, traducido en un resultado de calidad, eficiencia y garantía.

¹³⁶ García y Fernández, *Curso de Derecho*, 581.

Por otra parte, se hace necesario que la entidad explique porque asigna a cada rubro un puntaje, porque si bien el SERCOP establece en los modelos de pliegos, pero estos deben ajustarse a las necesidades de la entidad contratante, siempre observando los principios establecidos en la LOSNCP, que deben ser interpretados a precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

Los modelos de pliegos establecidos por el SERCOP para cada tipo de procedimiento, deben incluir como obligatoriedad que los funcionarios públicos motiven sus decisiones, de conformidad con el artículo 76, numeral 7, literal 1 dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, y en concordancia con el Código Orgánico Administrativo en su artículo 100, y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resaltando que la motivación del acto se realiza de forma clara, argumentada y razonada, para su rápida comprensión por parte de los participantes y el público en general que efectúe la consulta pública.

Por tal razón, se hace necesaria la modificación de los formularios, incluyendo dentro de sus especificaciones el ítem de justificación o argumentación, en el cual se denoten las razones del funcionario público para la asignación del puntaje en los requisitos, por cuanto el participante se encuentra en el derecho de conocer la motivación de cada acto o decisión emanada por la administración pública, de manera expedita y clara sin necesidad de presentar una solicitud escrita ante el ente contratante, es decir, a través del formulario el oferente no solo estaría en conocimiento de los resultados sino también de los argumentos que conllevaron a los mismos.

3.2. La motivación en la adjudicación del contrato de cotización de obras No. COTO-GAD-I-005-2017

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de San Miguel de Ibarra, convoca a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios o compromisos de asociación, que se encuentren habilitadas en el Registro Único de Proveedores - RUP, que tengan su domicilio fiscal en el Ecuador, legalmente capaces para contratar, a que presenten sus ofertas para **CONSTRUCCIÓN DEL ADOQUINADO DE LA VIA BELLAVISTA DE SAN ANTONIO DE IBARRA DESDE LA AUTOVIA HASTA COBUENDO**, bajo el procedimiento de Cotización de Obras con código es No. COTO-GAD-I-005-2017, con un presupuesto referencial de **USD \$ 520.362,32000 (Quinientos veinte mil trescientos sesenta y dos dólares**

32000/100000 centavos) dólares de Estados Unidos de América, sin incluir el IVA, y el plazo estimado para la ejecución del contrato de **150 días**.

Luego de evacuar todos los actos administrativos en la etapa precontractual y con la recomendación a la mejor oferta que realiza la Comisión Técnica, la máxima autoridad procede a adjudicar al Consorcio CSRB (Bedon Tito Roberto Santiago), el 02 de junio de 2017, mediante Resolución administrativa No. 149-2017-GAD-I, suscrita por el Alcalde del GAD del cantón Ibarra, en calidad de Representante legal de la entidad contratante.

En los considerandos uno hasta el quinto de la Resolución de adjudicación No. 149-2017-GAD-I, la Entidad contratante procede a realizar un resumen de los artículos 264 y 288 de la Constitución de la República, y artículos 5, 60 literal a) Y 364 del COOTAD, en el considerando sexta hasta el décimo realiza un resumen de los actos administrativos de aprobación de pliegos e inicio del procedimiento, la certificación del PAC, la partida presupuestaria, el cuadro de las calificaciones de la ofertas, y termina con la recomendación de la Comisión Técnica a la mejor oferta para la adjudicación a la máxima autoridad.

Tabla 4

Calificaciones de las ofertas presentadas en el proceso Construcción de Adoquinado de la Vía Bellavista de San Antonio de Ibarra desde la Autovía hasta Cobuendo

<i>PARAMETROS</i>	<i>CONSORCIO CSRB(BEDON TITO ROBERTO SANTIAGO) RUC No. 1002379293001</i>	<i>CONSORCIO PESILLO CONSTRUCTORA (GUERRA PINO INMOBILIARIA & CONSTRUCIONES CIA.LTDA.) RUC No. 1792263654001</i>	<i>CONSORCIO BELLAVISTA 1(NARVAEZ CHIRIBOGA EDISON FERNANDO) RUC No. 0400682993001</i>	<i>HECTOR MIGUEL TERAN HERRERIA RUC No. 1001038676001</i>	<i>CONSORCIO SAN ANTONIO (PIZARRO GORDILLO GONZALO FEDERICO RUC No. 0903952281001</i>
Experiencia General	10	10	10	10	10
Experiencia Especifica	15	15	15	15	15
Experiencia del personal técnico	10	1,88	10	10	10
Oferta económica	48,50	50,00	48,16	47,91	47,41
SUBTOTAL	83,5	76,88	83,16	82,91	82,41

Micro y Pequeñas empresas en los términos del Art. 16 del RGLOSNC o actores del sector de la economía popular solidaria domiciliadas en territorio nacional	SOCE 0,5	SOCE XX	SOCE 0,5	SOCE 0,5	SOCE 0,5
Micro y Pequeñas empresas en los términos del Art. 16 del RGLOSNC o actores del sector de la economía popular solidaria domiciliadas en la circunscripción territorial en la que se ejecutara el proyecto	SOCE 10	SOCE XX	SOCE 10	SOCE 10	SOCE 10
TOTAL	98,50	76,88	98,16	97,91	97,41

Elaboración propia
Fuente: www.sercop.gob.ec

En la parte resolutive en los artículos: 1, 2, 3 y 4 la máxima autoridad resuelve adjudicar la *Construcción de Adoquinado de la Vía Bellavista de San Antonio de Ibarra desde la Autovía hasta Cobuendo*, al Consorcio CSRB (Bedon Tito Roberto Santiago), por un valor de \$ USD 483.154,07 (cuatrocientos ochenta y tres mil ciento cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica con 07/100), más IVA, disponer la suscripción del contrato, designar al administrador del contrato y el técnico y notificar al oferente adjudicado, conforme al Anexo 2.

Análisis a la Resolución de Adjudicación No. 149-2017-GAD-I

En este acto administrativo se observa que las normas jurídicas citadas son inconclusas, confusas, puesto que de esencia la norma jurídica es general, hipotética y abstracta, se suma que el funcionario realiza un parafraseo que lo vuelve más inentendible y no realiza su obligación Constitucional y legal de explicar, aclarar y motivar la pertinencia de invocar las normas jurídicas citadas para que no solo sea comprendida por los oferentes sino el público en general. De igual manera los actos administrativos citados no tienen la explicación suficiente porque son invocados por el funcionario y que necesariamente se debe realizar un ejercicio interpretativo por las razones antes mencionadas.

En cuanto al proceso de evaluación de las ofertas no existe los resultados sobre la integridad de las ofertas con la metodología de cumple/no cumple de la presentación de los tres formularios establecidos por el SERCOP en los modelos de pliegos para el caso de la cotización de obras, que incluye los siguientes parámetros: presentación y compromiso; datos generales del oferente; nómina de socio(s), accionista(s) o partícipe(s) mayoritarios de personas jurídicas oferentes; situación financiera; tabla de descripción de rubros, unidades, cantidades y precios; análisis de precios unitarios; metodología de construcción; cronograma valorado de trabajos; experiencia del oferente; personal técnico propuesto para el proyecto; equipo asignado al proyecto y demás parámetros de evaluación que al momento de calificar debe constar la explicación suficiente motivada y argumentada de las razones de aprobar o rechazar cada uno de los ítems de las ofertas presentadas.

Por su parte, en la Tabla 4, contentiva de las calificaciones de las ofertas no existe la explicación suficiente y razonada de asignarles el puntaje señalado en los diferentes parámetros de las ofertas presentadas, a fin de brindar información precisa a los oferentes perdedores sobre el puntaje asignado, para medir la equidad y justicia de los actos administrativos.

La motivación es el elemento más importante del acto administrativo en la decisión tomada por la autoridad competente en materia de contratación pública, porque permite explicar de forma razonada sus argumentos para convencer a la ciudadanía que su decisión fue la más justa. Para GORDILLO la motivación “es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y representa el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad...”¹³⁷.

Por lo expuesto anteriormente, la Administración al momento de decidir debe tener en cuenta que sus actuaciones deben cumplir con el principio de publicidad, es decir que no solo es un mero cumplimiento formal, por ello se hace necesario que sus actuaciones sean transmitidas con un lenguaje entendible, que utilice palabras no técnicas, realizar un ejercicio interpretativo de las normas jurídicas que utiliza y como estas se relacionan con los presupuestos facticos, con el fin de asegurar su

¹³⁷ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo* (3) MACCHI, (Buenos Aires, 1995), 10-11.

entendimiento por parte de las personas que accedan al portal de compras públicas. En los presupuestos facticos debe exponer todas las actividades desarrolladas por la entidad contratante de forma clara, precisa y entendible, para satisfacer o esclarecer las dudas que puedan surgir con respecto al direccionamiento del contrato.

Con relación al cuadro de puntaje contenido en la resolución de adjudicación, se deben indicar los criterios considerados para la asignación del puntaje a cada oferente, todo ello con la intención de brindar una información completa en el documento público que sirve de insumo para los participantes del procedimiento.

Como se puede evidenciar en la resolución de la adjudicación de contrato, se identifica una similitud en las debilidades encontradas al analizar el acta de calificación de las ofertas, respecto a la deficiencia de la motivación por cada acto administrativo, calificación o decisión, por cuanto los documentos o formularios utilizados en cada fase carecen de la argumentación tomada por la Comisión Técnica.

3. 3. Resolución de Terminación Unilateral del Contrato No. 055-PRAS-2016

El Ministerio del Ambiente, dentro de sus competencias crea la Unidad Programa de Reparación Ambiental y Social PRAS, dentro del Plan anual de Contrataciones contempla la “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTIFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNI”, por un valor de USD \$ 411.782,49, a un plazo de 120 días desde la suscripción del contrato, cuya forma de pago es del 50% de anticipo y el saldo contra planillas aprobadas por fiscalización.

Una vez evacuado la fase preparatoria, precontractual y contractual del proceso de cotización de obras, en mención cuyo código No. COTO-PRAS-01-2015, se adjudica el contrato a la única oferta presentada por el Ing. Yuri Hernán Cantos Molina, quien inicia los trabajos conforme a las especificaciones técnicas establecidos en los pliegos, pero resulta que por incumplimiento del contratista, la entidad procede con la terminación unilateral del contrato y la declaratoria de contratista incumplido dentro de las potestades exorbitantes que le fácula a la administración pública en materia contractual, establecida dentro de la etapa contractual conforme lo establece el Art. 94 numeral 1 de la LOSNCP. La entidad contratante previo a la declaratoria de terminación unilateral del contrato debe observar la garantía al debido proceso, es decir, el derecho a la defensa para que el contratista pueda presentar las pruebas de descargo, conforme lo establece el Art. 95 ibídem, a fin de no violentar las garantías a

la contradicción a la intermediación, caso contrario se estaría dejando en la indefensión derecho tutelado por la Constitución y la ley.

Con estas consideraciones se procede a analizar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato, que manifiesta en los considerandos de la mencionada resolución que la entidad contratante cita de forma resumida las siguientes normas jurídicas: Arts. 76.7 literal 1), 83, 226, 227, y 288 de la Constitución de la República, Arts. 1, 94.1, 98.1, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Acuerdo Ministerial de constitución de la Unidad de Equipo Gestor del Plan de Reparación Ambiental y Social (PRAS), el Decreto Ejecutivo de expedición del Reglamento a la LOSNCP, el Acuerdo emitido por la Contraloría General del Estado y demás acuerdos que regulan la conservación del medio ambiente.

Señala los siguientes actos administrativos que fueron evacuados en la fase preparatoria la certificación del PAC, la aprobación de los pliegos, la certificación presupuestaria, el acta de calificación de las ofertas realizada por la Comisión Técnica, Resolución de adjudicación del contrato, consta la transcripción de algunas cláusulas contractuales, como la forma de pago, el plazo, la rendición de las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso del anticipo, informes favorables por la administradora del contrato para el pago de planillas al contratista, luego el cambio de administrador del contrato e informes de los pagos realizados al contratista.

Luego se hace la reseña de los siguientes actos de simple administración sobre el Memorando No. MAE-PRAS-2016-0790 de 22 de marzo de 2016, la administradora del contrato No. 1045 remite el Informe Técnico No. 3 en donde manifiesta que no existía documentos y se determina inconsistencia, presuntas irregularidades y simulación por no hallar documentación que evidencia la compra de materiales y avance de obra supuestamente ejecutados, y recomienda a la máxima autoridad dar por terminado anticipado y unilateralmente el contrato.

En este orden de ideas, y mediante oficio No. MAE-PRAS-2016-0088 del 31 de marzo de 2016, la máxima autoridad informa al contratista la decisión de iniciar el trámite de terminación anticipada y unilateral del contrato No. 1045 cuyo objeto es la *Construcción de la Estación Científica dentro del Bloque 31 del Parque Nacional Yasuni*, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-1184 de 11 de mayo de 2016, la administradora del contrato manifiesta que en respuesta al descargo presentado por el contratista no hay constancia documental que ratifique lo expuesto por el contratista y

recomienda a la máxima autoridad la terminación anticipada y unilateral del contrato No. 1045.

La entidad contratante busca solución de esta controversia acudiendo al centro de mediación de la Procuraduría General del Estado, situación que no prospera por la negligencia del contratista conforme lo demuestra los informes de fiscalización, por lo que se realiza el acta de imposibilidad de acuerdo; posteriormente, la administradora de contrato recomienda a la máxima autoridad la ejecución de las garantías y la declaratoria de contratista incumplido, para finalmente realizar la correspondiente liquidación del contrato con la unidad financiera.

En la parte resolutive con los antecedentes expuestos la entidad procede a declarar la terminación unilateral del contrato por incumplimiento y por haber superado el 5% de las multas del valor del contrato, conforme lo dispone el Art. 94 numerales 1 y 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme consta en el Anexo 3.

Análisis a la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato No. 055-PRAS-2016

Como había señalado anteriormente los funcionarios encargados en elaborar este acto administrativo no realizan el ejercicio argumentativo de explicar la pertinencia de invocar las normas jurídicas, así como qué relación tienen estas con sus competencias y los fines que les faculta la Constitución y la ley, puesto que las personas que acceden al portal de compras públicas son de toda condición social y no Abogados, que de alguna manera podemos entender.

Existe una mezcla entre la norma jurídica y Acuerdos Ministeriales y Decretos Ejecutivos que no se observa la jerarquía de la norma, de la misma manera transcrita en otras parafrasea lo que vuelve confusa y tediosa al momento de leer. Luego se realiza un extenso resumen de las actividades realizadas por la entidad contratante desde la fase preparatoria, precontractual y contractual. En la etapa de la ejecución de la obra se realiza una narración del incumplimiento del contratista, hasta llegar a la parte resolutive del acto administrativo.

Debo señalar que esta obra es emblemática para el Gobierno por cuanto trata de demostrar su política de cuidado al medio ambiente, en un área en donde se ejecutan los trabajos de exploración y explotación de petróleo, esta debe hacerse tratando de minimizar su impacto y así cumplir con los objetivos de las compras públicas.

En la parte resolutive la entidad da por terminado unilateralmente el contrato amprándose en los numerales 1 y 3 del Art. 94 de la LOSNCP, solo enunciando y no explica, es decir hay una vinculación tacita entre las hechos sucedidos narrados en los considerandos y las normas en que se encuadran para dar por terminado el contrato, cuando la motivación debe ser la explicación razonada, lógica, clara de la pertinencia de la norma con los presupuestos fácticos y esto no existe en la presente resolución, puesto que si los funcionarios quisieron realizar un ejercicio de subsunción entre los supuestos de hecho y la norma jurídica, debe existir la constatación entre la hipótesis de la ley y el supuesto de hecho.¹³⁸ En el acto administrativo en mención, la entidad procede a realizar un resumen sucinto de lo más trascendente en los considerandos al citar tanto la normativa jurídica como los actos administrativos de las etapas precontractuales y contractuales, además de realizar las actividades administrativas que se realizaron en búsqueda de una solución con el contratista a través de varios memorandos o trámites burocráticos tornándole tediosa para el lector, cuando líneas arriba manifiesta la doctrina y la jurisprudencia que la motivación debe hallar su base en el ordenamiento jurídico positivo, en lo sustancial y procesal¹³⁹. Por lo tanto, las decisiones que tome la administración deben ser explicadas de forma sucinta para su fácil entendimiento, dado que representa información de interés público.

Es importante que la entidad contratante explique o detalle la manera en que se llevó el procedimiento para la declaratoria de terminación unilateral del contrato, conforme lo previsto en el Art. 95 de la LOSNCP, a fin de evitar la vulnerabilidad de los derechos y garantías del contratista, como es el derecho a la defensa brindándole el tiempo suficiente para presentar las pruebas de descargo y resuelva con absoluta imparcialidad, con el objeto de brindar seguridad jurídica y convincente que cualquier persona que acceda a la información mire que la Administración actuó en total apego al principio de legalidad y juridicidad.

Es importante indicar que en materia de contratación pública se debe aplicar los principios establecidos en el Art. 4 de la LOSNCP y que estos deben ser interpretados conforme lo establece el Art. 5 ibidem a fin de que los funcionarios públicos en sus actuaciones administrativas mencionen para cumplir con los principios de juridicidad y legalidad establecidos en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La administración tiene prerrogativas exorbitantes, por cuanto prevalece su poder ante el

¹³⁸ Luis Diez Picazo, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1973), 209.

¹³⁹ *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*, (Quito: VyM Gráfica, 2016), 100.

administrado, ocasionando que parte de los servidores públicos, en uso indebido de su autoridad y facultades, abusen de la posición conferida para cometer arbitrariedades, por ello se hace necesario que las decisiones que tome la administración sean motivadas de forma clara, razonada, lógica a fin de proscribir los abusos y permitir que la ciudadanía tenga la certeza de que nadie está por encima de la ley

Conclusiones y Recomendaciones

En el desarrollo de la presente tesis se ha demostrado la relevancia jurídica que tiene la motivación en el desarrollo de las actividades administrativas para el cumplimiento de sus fines, en especial en materia de contratación pública, principal dinamizador de la economía del Estado por la generación de empleos directos e indirectos, es decir cumple doble función que es social y económico, por ello se hace necesario que dentro de esta actividad el funcionario deba observar las formalidades de forma y de fondo que establece la Constitución y la ley a fin de que sus actuaciones sean legítimas y no arbitrarias, razón del Estado de Derecho.

La motivación es una garantía al debido proceso plasmada en la Constitución y la ley, a partir de la positivación ha sido abordada por varios administrativistas en la doctrina y también ha sido interpretada y aplicada por la Corte Constitucional, órgano de control y de interpretación de la Constitución, quien ha emitido Jurisprudencias vinculantes para que los poderes públicos observen al momento de decidir o resolver, con el fin de no violentar las Garantías y Derechos de los administrados,

La motivación ha sido abordada por todas las fuentes del derecho, a fin de que tanto los funcionarios públicos con potestades administrativas y jurisdiccionales apliquen en las decisiones que deben ser debidamente fundamentadas en los antecedentes de hecho y la pertinencia con la norma jurídica citada. El funcionario al momento de decidir debe aplicar la norma jurídica, la misma que tiene ciertas características que es: general, hipotética y abstracta, y además debe aplicar los principios que son conceptos indeterminados, por estas razones se hace imperiosa la interpretación o argumentación de estos dos parámetros para que sean entendidas y aceptadas por el ciudadano.

La norma jurídica que regula a la contratación pública es muchas veces contradictoria, tiene vacíos, por ello se hace necesaria aplicar ciertas técnicas jurídicas que son: la ponderación, la subsunción, la proporcionalidad, la finalista, etc. cuando existe esta clase aberraciones jurídicas a fin de que las decisiones sean entendibles claras, precisas, con el objetivo que prevalezca el interés general sobre el particular, razón de la Administración.

La Constitución y la ley han establecido sanciones al responsable y al acto administrativo emitido al declararlo nulo cuando carece de motivación, con el

propósito de que la Administración cumpla con su obligación de explicar de forma razonada, clara, lógica y fundamentada en las normas jurídicas vinculados con los presupuestos facticos.

En el tercer capítulo se tomó algunos actos administrativos como el informe de la calificación de las ofertas, la adjudicación y la terminación unilateral del contrato, a fin de evidenciar si los funcionarios públicos habían motivado sus decisiones, encontrándose que las mismas adolecían de motivación, es decir sus actuaciones no eran debidamente explicadas con lenguaje claro entendible para toda persona, es decir los actos administrativos no estaban debidamente motivados.

Por lo expuesto se hace necesario que la Administración a través del Departamento jurídico realice de mejor manera el control de legalidad a fin de que los actos administrativos, en especial los que afecta derechos subjetivos estén debidamente motivados y no como sucede quizá por la prisa de despachar los procesos o por el desconocimiento de cuál es el significado de la motivación y como aplicarlo sucede esta ausencia en las decisiones de la Administración en materia de Contratación pública.

En los departamentos de compras públicas de las Instituciones públicas laboran profesionales de todas las áreas y que muchas veces realizan las resoluciones sin el debido cuidado y el conocimiento suficiente en materia de derecho o a veces copiando otras resoluciones, creyendo que es un trámite burocrático más y que lo vuelve inentendible e inexplicable para la persona que lee; por ello se hace necesario que estos departamentos existan abogados, claro de igual manera preparados o capacitados a fin de que motiven las resoluciones conforme lo determina la Constitución y la ley.

Finalmente, se debe implementar la capacitación de los funcionarios públicos en relación a la relevancia que tiene la motivación de los actos administrativos, para que no sea un criterio subjetivo, sino más técnico jurídico en donde se apliquen todas las herramientas legales que nos amparan para proteger al ciudadano de las potestades exorbitantes que tiene el Estado.

Se debe volver atractiva a la contratación pública, brindándole seguridad jurídica a los participantes, para conseguir una mayor participación y cumplir con el principio de concurrencia y que no suceda como en los casos prácticos que de veinte mil invitados participo una sola persona, demostrando que la ciudadanía tiene poco interés en participar en los procesos de contratación pública.

Se debe materializar las veedurías ciudadanas a fin de controlar los procesos de contratación, puesto que los órganos de control como el SERCOP y la Contraloría General del Estado no responden a los clamores de la población de ser entes ágiles, eficientes, por eso tenemos la apatía de la ciudadanía a la participación de la contratación pública, afectando a los intereses públicos y a la calidad del gasto.

Bibliografía

- Alexy Robert, 1997. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2008. *Theorie der juristischen Argumentation*. Berlín: Suhrkamp.
- Álvarez, Alejandro. 2006. “Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”. Lima-Perú, Ed. Marketing Consultores.
- Atienza, Manuel. 2005. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- Atienza, Manuel. 2007. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Book Print Digital.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. *El Neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ed. Abya-Yala. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Baldeón B., Inés. 2015. “Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual”. Quito: Fondo Empresarial CEAS.
- Bedoya, María. 2011. “Métodos de Interpretación del Derecho en el Constitucionalismo Contemporáneo”. *Estudios de Derecho*, No. 68 (I semestre DE 2011).
- Bernal Pulido, Carlos. 2008. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Canosa Usera, Raúl. 2011. *Interpretación constitucional y fórmula política*.
- Cassagne, Juan Carlos. 2010. *Derecho Administrativo*, Tomo I. Lima: Ediciones Palestra.
- Constitución de la República del Ecuador*. [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.*, serie C, N.º 170 (2007), párr. 107. En: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 014-14-SEP-CC, caso N.º 0954-10-EP.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005. *Caso Yatama vs. Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, serie C, N.º 127 (2005), párrs. 152_153. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.*, serie C, N.º 170.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 003-13-SEP-CC, caso N.º 1427-10-EP; sentencia N.º 004-13-SEP-CC, caso N.º 0032-11-EP; sentencia N.º 009-13-SEP-CC, caso N.º 0338-11-EP; sentencia N.º 010-13-SEP-CC, caso N.º 0941-12-EP; sentencia N.º 011-13-SEP-CC, caso N.º 1360-11-EP; sentencia N.º 020-13-SEP-CC, caso N.º 0563-12-EP; sentencia N.º 021-13-SEP-CC, caso N.º 0960-10-EP; sentencia N.º 024-13-SEP-CC, caso N.º 1437-11-EP, f1.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 080-13-SEP-CC, caso N.º 0445-11-EP.
- Da Rosa, Thomas y Otros. 2017. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima; Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- De la Puente y Lavalle, Manuel, 2015. “*Las cláusulas exorbitantes*”. Bogotá: revista de Derecho. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365/10818>. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).
- Diez Picazo, Luis. 1973. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Dromi, Roberto. 1999. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- Dromi, Roberto. 2001. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Ecuador: *Código Civil. Registro Oficial. Suplemento*. No. 46, 24 de junio de 2005.

- Ecuador: *Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia* No. 063-14-SEP-CC. Caso No. 0522-12-EP, 9 de abril de 2014.
- Ecuador: *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. [2008]. *Registro Oficial, Suplemento*. No. 395, 4 de agosto de 2008.
- Ecuador: Presidencia de la República. *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. [2002]. Decreto Ejecutivo 2428, en el Registro Oficial, No. 536, 18 de marzo de 2002.
- Espinosa Cueva, Carla. 2010. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito, TCE/ CNJ.
- Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. 6ª ed. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. España: Comares, 2006.
- Forsthoff, Ernst. 1973. *Stato di diritto in trasformazione*. Milán: Giuffré.
- García, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón. 2008. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis S.A.
- Garrido Falla, Fernando (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ª ed. Volumen I. Madrid: Editorial Tecno S.A.
- Gil, Bartolomé, Carlos Portillo Arteaga y José Gregorio Vilorio. 2012. *Ensayo sobre las teorías de la Argumentación según Manuel Atienza*. Zulia: Universidad del Zulia.
- González Pérez, Jesus. 2002. *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas.
- Gordillo, Agustín. 1995. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi.
- Granja, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1992.
- Herrera, Aleksey. 2012. *Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Norte.
- Houin, B. 1973. “*La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*”. París: These.
- Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. (2009). Sentencia N° 2010-0204; Juzgado Segundo de Tránsito de Cuenca, Sentencia N°

- 2010-0139; Juez Sexto de Tránsito del Guayas, Sentencia N° 015-2009; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia N. ° 2010-0922; Juez Cuarto de lo Civil de Cuenca, Sentencia n.° 2009-0795 y Juez Quinto de Tránsito del Guayas, Sentencia N.° 1982.
- Juzgado Tercero de Garantías Penales de Cuenca, 2010. Sentencia N° 2009-1035; Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil, Sentencia N.° 2010-669; Juzgado Quinto de Inquilinato y Relaciones Vecinales, Sentencia n.° 2010-0359; Juzgado Segundo de Inquilinato y Relaciones Vecinales de Guayaquil, Sentencia n.° 2010-0276.
- Linares, Juan Francisco. 1975. *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Malaurie, P. y Aynes, L. 1990. *Droit Civil Les obligations*, 2ª. ed. Paris: Cujas.
- Maldonado, Iván Aróstica. 1986. *La Motivación en los Actos Administrativos en el Derecho Chileno*, Santiago: Universidad de Chile.
- Mazaud, J. y Chabas, F. 1990. *Lecons de droit civil*. París: Cujas.
- Meilán, José Luis. *La Estructura de los Contratos Administrativos*. Madrid: Closas-Orcoyen, S. L., 2008.
- Molina Morales, Ranfer. 2006. “*La terminación unilateral del contrato ad nutum*”. Bogotá: Revista de Derecho Privado.
- Moscoso Torres, Víctor Jubes. 2004. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima, Perú: UIGV.
- Noboa Bejarano, Gustavo. Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado en el Registro Oficial No. 686. “*Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*”. (12 de octubre de 2002).
- Ordoñez, Hernán Jaramillo. *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., (Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa.
- Penagos, Gustavo. (1997). *El Acto Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Ed. Librería del Profesional.
- Pérez, Antonio y Pérez, Efraín. 2008. *Manual de Contratos del Estado*, (Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Pinto, José. 2003. “La Teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy”.
Tesis de Maestría, Universidad Complutense de Madrid.
- Santofimio, Jaime Orlando. 1996. *Tratado de Derecho Administrativo; Introducción a los Conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sayagues, Enrique Laso y Martins, Daniel Hugo. 1998. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. III*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Secaira Durango, Patricio, 2004. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. (2013). *Los derechos en acción*. México: Flacso, <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt16f8df1.5>>. (Consultada el 15 de Noviembre de 2017).
- Storini, Claudia. 2011. “¿Sobre quién reposa la tortuga?: a vueltas con los límites de la interpretación Constitucional”. *Perspectivas constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Trujillo Soto, Luis. *El Acto Administrativo en la Contratación Pública*.
- Valiente, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nos 15-16.
- Villaseñor Rodríguez, Fernando y otros. 2012. “La imposibilidad de la neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación”, *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*. México: Ed. Porrúa.
- Zabala Egas, Jorge. 2011. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ecuador: Edilex,

Anexos

Anexo N° 1



ACTA DE APERTURA DE OFERTAS

PROCESO No. COTO-GPM-002-2017

OBRAS DE DRENAJE EN LA VIA CAÑITAS-CERRITO ARRIBA-CERRITO ABAJO DE LA PARROQUIA MEMBRILLAL DEL CANTON JIPIJAPA.

En la ciudad de Portoviejo, en el salón de actos del edificio de la Prefectura de Manabí, siendo las 13h40 del 7 de febrero del año 2017, se congrega el delegado en el proceso de Cotización Obra de código No. COTO-GPM-002-2017, para las **OBRAS DE DRENAJE EN LA VIA CAÑITAS-CERRITO ARRIBA-CERRITO ABAJO DE LA PARROQUIA MEMBRILLAL DEL CANTON JIPIJAPA**, con el objetivo de llevar a efecto la Apertura de Ofertas y posterior suscripción del Acta del proceso mencionado, determinando los siguientes puntos.

1. De la Apertura de Ofertas.- El presidente de la comisión, dispone efectuar la apertura del sobre que fue entregado en la Secretaria de la Prefectura, e indicando a viva voz la siguiente información.

- a) Nombre del oferente;
- b) Valor de la oferta económica, identificada por oferente;
- c) Plazo de ejecución propuesto por el oferente;
- d) Número de hojas de la oferta;

HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.	
Oferta económica	USD 281.517,6056
Plazo de ejecución propuesto	150 días
Número de hojas de la oferta	386

2. De la Ratificación.- Por lo expuesto en el punto anterior y en apego a lo determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, se suscribe la presente Acta de Apertura de Oferta, y para constancia firma en duplicado de igual tenor y validez.



En Portoviejo, siendo las 14h10 del siete de febrero del 2017, suscribe.

Ing. Roberto Sánchez Casanova
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
GOBIERNO PROVINCIAL DE MANABÍ

RESULTADO DE CALIFICACIÓN DE OFERTAS

Código de procedimiento: COTO-GPM-002-2017

Objeto de contratación: OBRAS DE DRENAJE EN LA VIA CAÑITAS-CERRITO ARRIBA-CERRITO ABAJO DE LA PARROQUIA MEMBRILLAL DEL CANTON JIPIJAPA

CUMPLIMIENTO REQUISITOS MÍNIMOS

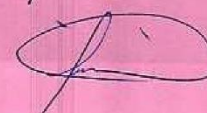
HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.			
Nº	Parámetro	Cumple	Fundamento
1	Integridad de la oferta	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
2	Equipo mínimo	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
3	Personal técnico mínimo	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
4	Experiencia general mínima	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
5	Experiencia específica mínima	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
6	Experiencia mínima personal técnico	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
7	Metodología y cronograma	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
8	Patrimonio (Personas Jurídicas)*	Si cumple	CUMPLE CON LO REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
Resultado		Si cumple	

Resumen de Cumplimiento de Requisitos Mínimos

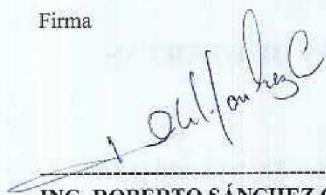
Oferente	Resultado
HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.	Si cumple

Lugar: PORTOVIEJO

Fecha: 09 de febrero del 2017

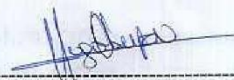
COTO - GPM-002
Jpiyo
Fisc. Ing. Lorisso
Ing.
Adm. Roberto Jancha


Firma



ING. ROBERTO SÁNCHEZ CASANOVA
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

Firma



ING. HUGO LAVAYEN SALTOS
DELEGADO DEL ÁREA REQUIRENTE

Firma



ING. CRISTÓBAL VÉLEZ VALDIVIEZO
PROFESIONAL AFÍN

Firma



EC. JOHANNA INTRIAGO VERA
SECRETARIA

RESULTADO DE CALIFICACIÓN DE OFERTAS

Código de procedimiento: COTO-GPM-002-2017

Objeto de contratación: OBRAS DE DRENAJE EN LA VIA CAÑITAS-CERRITO ARRIBA-CERRITO ABAJO DE LA PARROQUIA MEMBRILLAL DEL CANTON

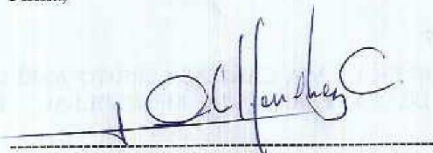
EVALUACIÓN POR PUNTAJE

HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.				
Nº	Parámetro	Puntaje máximo previsto	Puntaje obtenido	Observación
1	Experiencia general	10,00	10,00	CUMPLE CON LOS REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
2	Experiencia específica	10,00	10,00	CUMPLE CON LOS REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
3	Experiencia del personal técnico	5,00	5,00	CUMPLE CON LOS REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
4	Oferta económica	60,00	60,00	CUMPLE CON LOS REQUERIDO EN LOS PLIEGOS
5	MYPES y EPS	5,00	0,00	
6	MYPES y EPS Locales	10,00	0,00	
Otro(s) parámetros(s) resuelto por la entidad contratante				
Resultado:			85,00	
Resumen de Evaluación por Puntaje				
Oferente			Resultado	
HGL&M CONSTRUCCIONES S.A.			85,00	

Lugar: PORTOVIEJO

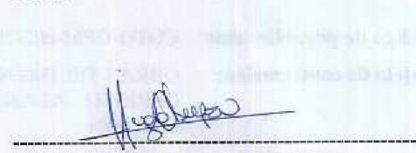
Fecha: 09 de febrero del 2017

Firma,



ING. ROBERTO SÁNCHEZ CASANOVA
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

Firma



ING. HUGO LAVAYEN SALTOS
DELEGADO DEL ÁREA REQUERENTE

Firma,



ING. CRISTÓBAL VÉLEZ VALDÍVIEZO
PROFESIOANL A FIN

Firma,



EC. JOHANNA INTRIAGO VERA
SECRETARIA

Anexo N° 2



RESOLUCIÓN No. 149-2017-GAD-I

INGENIERO ALVARO CASTILLO AGUIRRE
ALCALDE

CONSIDERANDO:

QUE, el Artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, establece las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, sin perjuicio de otras que determine la ley;

QUE, el Artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador determina que: *"Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas;*

QUE, el Artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales prevista en la Constitución comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse por normas y órganos de gobierno propios en sus respectivas circunscripciones territoriales bajo su responsabilidad;

QUE, el literal a) del Artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que es atribución del Alcalde o Alcaldesa, ejercer la representación legal del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal y la representación judicial conjuntamente con el Procurador Síndico;

QUE, el Artículo 364 del cuerpo orgánico citado determina que los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos;

QUE, mediante Resolución Nro. 138-2017-GAD-I de 16 de mayo del 2017, se aprueba los pliegos y se autoriza el inicio del proceso de COTIZACIÓN para la CONSTRUCCION DEL ADOQUINADO DE LA VIA BELLAVISTA DE SAN ANTONIO DESDE LA AUTOVÍA HASTA COBUENDO;

QUE, de conformidad con la certificación del Plan anual de contratación No. 077-2017 suscrito por el Ingeniero Carlos Morán, Director Administrativo del GAD-I ha verificado que la CONSTRUCCION DEL ADOQUINADO DE LA VIA BELLAVISTA DE SAN ANTONIO DESDE LA AUTOVÍA HASTA COBUENDO si se encuentra formulada en la planificación del Plan Anual de Contratación 2017;



Gobierno Autónomo
Descentralizado Municipal de
San Miguel de Barro



IBARRA
CERCA de nuestra gente

QUE, de conformidad con la certificación de disponibilidad de fondos No. 260 de 05 de mayo del 2017, se certifica la existencia del presupuesto en el valor de USD 593.213,04 aplicable a las partida presupuestaria 00.00.F211.312.750104.030.10.01.000.001. "VARIAS OBRAS 2017" para la CONSTRUCCION DEL ADOQUINADO DE LA VIA BELLAVISTA DE SAN ANTONIO DESDE LA AUTOVÍA HASTA COBUENDO;

QUE, mediante acta No. 05 que contiene la evaluación de la ofertas, suscrita por los Señores Miembros de la Comisión Técnica designada mediante Resolución Nro. 138-2017-GAD-I de 16 de mayo del 2017, presentan el siguiente cuadro resumen de conformidad con el siguiente detalle:

PARAMETROS	OFERENTES				
	CONSORCIO CSRB (BEDON TITO ROBERTO SANTIAGO) RUC No. 1002379293001	CONSORCIO PESILLO CONSTRUCTURA (GUERRA PINO INMOBILIARIA & CONSTRUCCIONES CIA. LTDA.) RUC No. 1792263654001	CONSORCIO BELLAVISTA 1 (NARVAEZ CHIRIBOGA EDISON FERNANDO) RUC No. 0400682993001	HECTOR MIGUEL TERAN HERRERIA RUC No. 1001038676001	CONSORCIO SAN ANTONIO (PIZARRO GORDILLO GONZALO FEDERICO) RUC No. 0903952281001
Experiencia general	10	10	10	10	10
Experiencia específica	15	15	15	15	15
Experiencia del personal técnico	10	1,88	10	10	10
Oferta económica	48,50	50	48,16	47,91	47,41
SUBTOTAL	83,50	76,88	83,16	82,91	82,41
Micro y Pequeñas Empresas, en los términos del Artículo 16 del RGLOSNCP o actores del sector de la economía popular y solidaria, domiciliadas en territorio nacional	SOCE 05	SOCE XX	SOCE 05	SOCE 05	SOCE 05
Micro y pequeñas empresas en los términos del Artículo 16 del RGLOSNCP o actores del sector de la economía popular y solidaria, domiciliada en la circunscripción territorial en la que se ejecutará el proyecto	SOCE 10	SOCE XX	SOCE 10	SOCE 10	SOCE 10
TOTAL	98,50	76,88	98,16	97,91	97,41

QUE, mediante Informe de la Comisión Técnica constante en Oficio de 02 de junio del 2017, resuelven: "Recomendar la adjudicación a la oferta que alcanza el mayor puntaje de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18 del Artículo 6 de la Ley de Contratación Pública por cuanto ofrece a la Entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección.", y



Gobierno Autónomo
Descentralizado Municipal de
San Miguel de Ibarra



IBARRA
cerca de tu desarrollo

En ejercicio de las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

Art. 1.- Adjudicar el Contrato para la CONSTRUCCION DEL ADOQUINADO DE LA VIA BELLAVISTA DE SAN ANTONIO DESDE LA AUTOVÍA HASTA COBUENDO, al Proveedor cuya razón social es: CONSORCIO "CSRB" (BEDON TITO ROBERTO SANTIAGO) con la oferta técnica y económica de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO DOLARES CON SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (\$483.154,07) SIN IVA, por cuanto la misma ofrece a la Institución, las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos pre contractuales y por convenir a los intereses nacionales e institucionales.

Art. 2.- Disponer a la Procuraduría Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de San Miguel de Ibarra, elabore el contrato de conformidad con las normas determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y más disposiciones legales pertinentes.

Art. 3.- En cumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 121 y 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se designará una Comisión conformada por el Administrador del Contrato y un Técnico que no haya participado en la ejecución del contrato para la suscripción de las actas de recepción que haya lugar.

Art. 4.- Notificar al Oferente adjudicado el contenido de la presente resolución a través del portal www.compraspublicas.gob.ec para los fines legales pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 17 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 5.- Disponer al Coordinador de la Unidad de Contratación Pública, para que, con el apoyo técnico y humano necesario, publique la presente resolución de adjudicación y demás información relevante relacionada con el contrato y la liquidación respectiva en el portal www.compraspublicas.gob.ec

Dado y suscrito en el Despacho de la Alcaldía del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, a los dos días del mes de junio del año dos mil diecisiete.

Cumplase y Notifíquese.-


Ing. Álvaro Castillo A. MBA

ALCALDE DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL
CANTÓN SAN MIGUEL DE IBARRA

Anexo N° 3

Recibido

hoy, miércoles 02/Noviembre/2016
las 15h50.



PRAS

RESOLUCIÓN N° 055-PRAS-2016

Eduardo Andrés Canto Cortez
C.C. 130936408-6

EDGAR RICARDO FUERTES CALVA
GERENTE DEL PROGRAMA DE REPARACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL
MINISTRO DEL AMBIENTE

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO N° 1045-2015 PARA LA PARA LA "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ"

CONSIDERANDO:

- Que,** la Constitución de la República del Ecuador, en el literal 1) numeral 7 del artículo 76 establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas;
- Que,** el artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador entre sus obligaciones prevé que todas las ecuatorianas y ecuatorianos deben acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas emanadas por autoridad competente, así como administrar honradamente en apego a la ley, el patrimonio público;
- Que,** el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador determina: *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y en la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución";*
- Que,** el artículo 227 de la Constitución de la República manifiesta que la Administración Pública se constituye en un servicio a la colectividad, regida bajo los principios de eficiencia, eficacia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, planificación, participación, transparencia y evaluación;
- Que,** el artículo 288 de la Constitución de la República dispone: *"Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria,*

y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”;

- Que,** la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en su Art. 1 el *“Objeto y Ámbito. - Esta ley establece el sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen. 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado (...)”*.
- Que,** la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en el Art. 94 el numeral 1 lo siguiente: *“Terminación Unilateral del contrato. - La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista; y, Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (...)”*;
- Que,** la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Art. 98 el numeral 1 lo siguiente: *“Terminación Unilateral del contrato. - La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista (...)”*.
- Que,** mediante Acuerdo Ministerial N° 033 de fecha 12 de marzo de 2008, publicado en el Registro Oficial N° 301 de 25 de marzo de 2008, el Ministerio del Ambiente constituyó la Unidad del Equipo Gestor del Plan de Reparación Ambiental y Social (PRAS), cuyos objetivos se dirigen al desarrollo y ejecución de las políticas sobre la gestión pública para la reparación de pasivos ambientales y sociales provenientes de actividades hidrocarbúferas y mineras, para lo cual efectuará actividades de gestión técnica, administrativa y financiera de programas y proyectos a nivel nacional;
- Que,** mediante Decreto Ejecutivo N° 1700, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 588, de 12 de mayo del 2009 se expidió el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, instrumento en el cual se determinan los mecanismos como las instituciones que integran el sector público ecuatoriano deben realizar sus contrataciones conforme al marco jurídico constitucional y legal;
- Que,** mediante Acuerdo N° 39 emitido por la Contraloría General del Estado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 87 de 14 de diciembre del 2009 y modificado el 16 de diciembre del 2014, se expidieron las Normas Técnicas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, en las que se dispone que el/la administrador/a del contrato toma a su cargo el control de los servicios prestados por el/la contratista, y será el/la responsable de adoptar todas las medidas necesarias para que el contrato sea ejecutado, observando sus estipulaciones, costos, plazos establecidos y



está autorizado/a para resolver cualquier requerimiento derivado de la ejecución contractual, y además recibir notificaciones a nombre de la institución;

- Que,** mediante Acuerdo Ministerial N° 101, de fecha 14 de junio de 2010, se incorporó al Acuerdo Ministerial N° 033 de fecha 12 de marzo de 2008, el literal c), del artículo 2, que señala como uno de los objetivos del Proyecto de Reparación Ambiental y Social, lo siguiente: *"Administrar recursos destinados al Parque Nacional Yasuní; y adicionalmente, se menciona que todos "(...) los actos administrativos que se expidan, en virtud de este acuerdo son de responsabilidad de la Coordinación General del Proyecto de Reparación Ambiental y Social(...)";*
- Que,** mediante Acuerdo Ministerial N° 251 de fecha 30 de diciembre de 2010, publicado en el Registro Oficial N° 394 de 28 de febrero del 2011, se sustituyó la denominación de la razón social de "Proyecto" por "Programa" de Reparación Ambiental y Social (PRAS);
- Que,** mediante Acuerdo Ministerial N° 172 de 03 diciembre de 2015, se designa en calidad de Gerente del Proyecto Emblemático denominando "Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente", al Ing. José Luis Cedeño Zambrano;
- Que,** de conformidad con los artículos 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCPP-, y 25 y 26 de su Reglamento General -RGLOSNCPP-, el Plan Anual de Contrataciones de la CONTRATANTE, contempla la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ";
- Que,** previo los informes y los estudios respectivos, la máxima autoridad de la CONTRATANTE resolvió aprobar el pliego para el proceso de Cotización No. COTO-PRAS-01-2015, con fecha 09 de julio del 2015, para la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ" en base a los Términos de Referencia Nro. 137-2015 del 08 de septiembre de 2015, elaborados por Ariana Cedeño, Asistente Administrativa del Equipo Técnico Yasuní (ETY), revisados por Javier Torres, Coordinador del ETY y autorizados por el Ing. Juan Escorza Núñez, Gerente General del Programa de Reparación Ambiental y Social;
- Que,** se cuenta con la existencia y suficiente disponibilidad de fondos en la partida presupuestaria No.750107, de conformidad a la certificación presupuestaria Nro. 335 de fecha 9 de septiembre de 2015, conferida por la Ingeniera Susana Cordovilla, Directora Financiera del Programa de Reparación Ambiental y Social;
- Que,** mediante Resolución No. 000083-PRAS-2015 de 09 de septiembre de 2015, la Gerencia General del Programa de Reparación Ambiental y Social, aprobó los Pliegos y autoriza su publicación en el portal de Compras Públicas, para la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31



DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", con un presupuesto referencial de USD \$ 411.791,66 CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UNO CON 66/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) no incluido el IVA, y designó la Comisión Técnica para la evaluación de las ofertas para dicho proceso;

- Que,** el Programa de Reparación Ambiental y Social, con fecha 09 de septiembre del 2015, publicó en el Portal COMPRASPUBLICAS el Proceso de Construcción del proceso No. COTO-PRAS-01-2015, de acuerdo a lo establecido en el Art. 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, el Art. 28 de su Reglamento General, y los modelos obligatorios publicados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, realizado para la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ";
- Que,** mediante Acta No. 3 de 18 de septiembre de 2015, la Comisión Técnica procede realizar la calificación y evaluación de la única oferta presentada por el Ingeniero Yuri Hernán Cantos Molina, en la misma que recomienda a la máxima autoridad del Programa de Reparación Ambiental y Social adjudicar el proceso signado con el número COTO-PRAS-01-2015, correspondiente a la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", a la oferta presentada por el Ingeniero Yuri Hernán Cantos Molina, con RUC No. 1304955311001, por el monto de \$411.782,49 (CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 49/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, no incluido el Iva;
- Que,** mediante Resolución No. 000087-PRAS-2015 de 23 de septiembre de 2015, luego del proceso correspondiente, el Ingeniero Juan Escorza, en su calidad de máxima autoridad del Programa de Reparación Ambiental y Social, adjudicó la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ" al oferente Ingeniero Yuri Hernán Cantos Molina, por el monto de \$411.782,49 (CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 49/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, no incluido IVA, cuyo plazo de ejecución es de 120 días calendario, contados a partir de la suscripción del contrato;
- Que,** el 12 de octubre 2015, se suscribe el contrato No. 1045 entre Ing. Yuri Hernán Cantos Molina en calidad de contratista y el Ing. Juan Escorza, en calidad de Gerente General del Programa de Reparación Ambiental y Social (PRAS) para la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", por un valor de USD \$ 411.782,49 CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 49/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA no incluido IVA, y se nombra como Administrador de Contrato a la Srta. Ariana Cedeño; así mismo, se establece el plazo para la ejecución de la obra en 120 días calendario contados a partir de la suscripción del presente contrato;



Que, la cláusula denominada Objeto del Contrato, estipula que: "(...) El Contratista se obliga con el Programa de Reparación Ambiental y Social a ejecutar la obra de "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", a entera satisfacción de la CONTRATANTE, según las características y especificaciones técnicas constantes en la oferta, los términos de referencia que forman parte integrante de este contrato.

El Contratista debe cumplir con las especificaciones técnicas adjuntas a los términos de referencia con respecto a las políticas ambientales de construcción. En caso de no estar claro, o no existir especificación de ciertos materiales, el contratista deberá solicitar al fiscalizador y al administrador del contrato las especificaciones ambientales mencionadas."

Que, la Cláusula Quinta, denominada forma de pago, dispone que: "(...) La CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA de la siguiente forma: El Ministerio del Ambiente a través del Programa de Reparación Ambiental y Social, entregará al Contratista, el valor del **CINCUENTA POR CIENTO (50%)** del valor total del contrato en calidad de ANTICIPO, previa a la presentación de las garantías correspondientes.

El otro 50% se cancelará mediante la presentación de planillas de obra aprobadas y justificadas ante la fiscalización de la obra (...)";

Que, la Cláusula Sexta, denominada Plazo, estipula que: "(...) Para la ejecución de la obra de "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ" el Contratista tendrá un plazo de **120 DÍAS (ciento veinte)** días calendario contados a partir de la suscripción del presente contrato;"

Que, la Cláusula Séptima, denominada Garantías, establece que: "(...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la LOSNCP, el Contratista está obligado a rendir las siguientes garantías:

Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.- La garantía de fiel cumplimiento del contrato, que se rendirá por un valor igual al 5% del monto total del contrato.

Garantía de Buen Uso de Anticipo.- La garantía del anticipo que respalde el 100% del valor recibido por este concepto.

Las garantías serán entregadas en cualquiera de las formas establecidas en el Artículo 73 de la LOSNCP. Sin embargo, para la garantía de fiel cumplimiento del contrato, únicamente se utilizarán las formas establecidas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 73 de la LOSNCP.

Las garantías entregadas se devolverán de acuerdo a lo establecido en el artículo 118 del Reglamento General de la LOSNCP. Entre tanto, deberán

(Firma)

mantenerse vigentes, lo que será vigilado y exigido por la CONTRATANTE, a través del Administrador del contrato.

Ejecución de las garantías: Las garantías contractuales podrán ser ejecutadas por la CONTRATANTE en los siguientes casos:

1) La de fiel cumplimiento del contrato:

- Cuando la CONTRATANTE declare anticipada y unilateralmente terminado el contrato por causas imputables al CONTRATISTA;
- Si el CONTRATISTA no la renovare cinco días antes de su vencimiento;

2) La del anticipo:

- Si el CONTRATISTA no la renovare cinco días antes de su vencimiento; y, En caso de terminación unilateral del contrato y que el CONTRATISTA no pague a la CONTRATANTE el saldo adeudado del anticipo, después de diez días de notificado con la liquidación del contrato.”;

Que, la Cláusula Octava, denominada Multas, establece lo siguiente: “(...) Por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del Contratista, se aplicará la multa del 1 por 1.000 del valor del contrato.

La persona autorizada para la aplicación de las multas será el Gerente General del PRAS a través del respectivo análisis por parte del administrador del contrato.”;

Que, mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2015-3895, de 14 de octubre de 2015, la Sra. Ariana Cedeño, Administradora del contrato Nro. 1045, solicita al Gerente General del PRAS, la autorización para el pago del anticipo del contrato para la “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ”;

Que, mediante Oficio S/N del 06 de noviembre de 2015, el Ing. Yuri Cantos Molina entrega el Informe favorable de la Planilla No. 1 de Avance de Obra por acopio de materiales correspondiente al periodo del 26 de octubre al 06 de noviembre de 2015, en donde incluye el informe favorable de fiscalización presentado por el Ing. David Herrera, mismo que declara: “Se constató el acopio de material para el posterior ingreso al sitio de ejecución del proyecto. Fiscalización emite el informe favorable para el pago de la planilla No. 1 de acopio de materiales del proyecto”;

Que, mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2015-4391, de 14 de octubre de 2015, la Sra. Ariana Cedeño, Administradora del contrato Nro. 1045, informa al Gerente General del PRAS, que se ha procedido a elaborar, revisar y validar la planilla 1 de acopio de materiales, contando con la aceptación favorable de la administrador del contrato y previo autorización de la máxima autoridad se proceda al pago del anticipo del contrato para la “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ”;

Que, mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2015-4436, de 11 de noviembre de 2015, el Ing. Juan Gabriel Escorza Núñez, Gerente General del PRAS,



autoriza realizar el pago solicitado por Ing. Yuri Cantos Molina quien está ejecutando el contrato Nro. 1045 correspondiendo a la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ";

Que, mediante Oficio S/N del 24 de noviembre de 2015, el Ing. Yuri Cantos Molina entrega el Informe de la Planilla No. 1 de Avance de Obra de construcción correspondiente al periodo del 06 de noviembre al 23 de noviembre de 2015, en donde incluye el Informe de Progreso de Fiscalización presentado por el Ing. David Herrera;

Que, El 25 de noviembre de 2015, la Sra. Ariana Cedeño, presenta el Informe Técnico del Contrato 1045 y concluye que: *"El producto planificado de acuerdo al contrato No. 1045 fue entregado por el Ing. Yuri Hernán Cantos Molina, y cumple a satisfacción. Por lo que se aprueba la entrega del mismo. Por consiguiente, se recomienda realizar el pago al Ing. Yuri Hernán Cantos Molina conforme a la liquidación presentada en este informe (...)"*;

Que, el 28 de enero 2016, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-0151, el Gerente General del PRAS, Ing. José Luis Cedeño Zambrano; autoriza la solicitud del Soc. Richard Quintero, Coordinador de la Unidad Técnica Yasuní, en designar a la Ing. Ana Lucia Quezada Vargas como nueva Administradora del Contrato No. 1045 "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ";

Que, El 01 de febrero de 2016, el Soc. Richard Oracio Quintero Andrade, Coordinador del Yasuní, solicita mediante el correo institucional, a la Srta. Karina Cadena y al Ing. Freddy Tafur que: *"(...) autorice a la nueva administradora de contrato para que puedan sacar copias de los procesos (...)"*. Dando respuesta a la solicitud, el 02 de febrero de 2016, la Srta. Karina Cadena manifiesta que entregará dichos documentos a la Ing. Ana Quezada: *"(...) está listo los procesos que respaldan los pagos realizados al Proveedor Yuri Cantos. Te entrego documentos foliados. Cur 4190 con 42 hojas; Cur 3808 con 37 hojas; Cur 3434 con 378 hojas (...)"*;

El 03 de febrero de 2016, se retiró la documentación del Departamento Financiero y se fotocopió la documentación, la misma que fue devuelta a Karina Cadena el 04 de febrero de 2016;

Al revisar la documentación entregada por el Departamento Financiero del PRAS, con respecto a las planillas de avance de obra entregadas por el fiscalizador, Ing. David Herrera y el Constructor, Ing. Yuri Cantos Molina, la Administradora de Contrato, Ing. Ana Quezada presenta los siguientes informes:

- **Informe Técnico No. 1** correspondiente a la Planilla No. 1 de Avance de Obra por acopio de materiales.
- **Informe Técnico No. 2** correspondiente a la Planilla No. 1 de Avance de Obra de Construcción,



En los dos informes antes mencionados, se sugiere al Gerente General del PRAS, Ing. José Luis Cedeño Zambrano, que: "(...) autorice a la Dirección Financiera, solicite el reverso al Ministerio de Finanzas del pago pendiente a la fecha de acreditación a favor del Ing. Yuri Hernán Cantos Molina, hasta aclarar la situación del proceso de contratación".

- Que,** mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2016-0360, de 11 de febrero de 2016, el Ing. José Luis Cedeño Zambrano, Gerente General del PRAS, informa al Lcdo. Freddy Tafur, Director Financiero encargado, que después de la revisión de los informes técnicos elaborados y entregados con fecha 11 de febrero de 2016 por la administradora del contrato 1045, el proceso tiene inconvenientes en la ejecución de la construcción de la obra, pago por planillas de avance de obra, tiempos de ejecución de la construcción de la infraestructura e inconsistencias en los informes de pago del anticipo, por lo que solicita gestionar el reverso de los pagos que se encuentran en curso en el Ministerio de Finanzas;
- Que,** mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-0790 del 22 de marzo de 2016, la Ing. Ana Quezada, Administradora del Contrato No. 1045, remite el **Informe Técnico No. 3** mediante el cual realiza un análisis de la documentación de sustento de los pagos que reposaban en la Unidad Financiera, en vista que no existía documentación archivada en la Unidad Técnica respectiva, de cuyo análisis determina inconsistencias y presuntas irregularidades y simulación por no hallar evidencia documentada que demuestre la compra de materiales y avance de obra supuestamente ejecutados, por lo que recomienda al Gerente del PRAS, Ing. José Luis Cedeño Zambrano:
- "(...) dar por terminado anticipada y unilateralmente del Contrato No. 1045 (...) adjudicado al Ing. Yuri Hernán Cantos Molina con RUC 1304955311001(...)"
- Que,** mediante Oficio No. MAE-PRAS-2016-0088 del 31 de marzo de 2016, el Ing. José Luis Cedeño Zambrano, Gerente General del Programa de Reparación Ambiental y Social (PRAS), informa al Ing. Yuri Hernán Cantos Molina: "(...) me permito notificarle con la decisión del Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente, de iniciar el trámite de terminación anticipada y unilateral del Contrato No. 1045, cuyo objeto es la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", celebrado el 06 de octubre de 2015, entre esta entidad y su persona - Ing. Yuri Cantos Molina (...)"
- Que,** el 11 de mayo de 2016, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-1184, la Ing. Ana Quezada, Administradora del Contrato No. 1045 emite el **Informe Técnico No. 4**, en respuesta al descargo presentado por el Contratista, Ing. Yuri Cantos, quien después del análisis correspondiente concluye; que no hay constancia documental que ratifique lo expuesto por el contratista y recomienda a la máxima autoridad del PRAS, Ing. José Luis Cedeño: "(...) dar por terminado anticipada y unilateralmente del Contrato No. 1045 (...) y que (...) debido a que el contratista tiene almacenado algunos materiales de

construcción en el Centro de acopio de "Puerto Providencia" y "Shushufindi", se recomienda a la máxima autoridad del PRAS, que, además se considere acudir al proceso de mediación y arbitraje solicitado por el contratista en el Oficio S/N del 12 de abril de 2016";

- Que,** mediante Oficio No. MAE-PRAS-2016-0139 del 10 de mayo de 2016, el Ing. José Luis Cedeño, Gerente General del PRAS, solicita a la Sra. Abogada Ximena Bustamante Vásquez, Mediadora de la Procuraduría General del Estado la siguiente petición: *"(...), conforme lo establece el Art. 190 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 43 de la Ley de Mediación y Arbitraje, cuerpos normativos en los que se reconoce a la mediación como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos; esta entidad estatal acepta el pedido formulado por el contratista y solicita a usted se sirva convocar a una audiencia de mediación al señor ING: YURI HERNAN CANTOS MOLINA."*;
- Que,** el 24 de mayo de 2016, se realizó la primera audiencia de mediación entre el Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente y el Ing. Yuri Hernán Cantos Molina, en donde las partes manifestaron el interés de continuar con la "Construcción de la Estación Científica dentro del Bloque 31 del Parque Nacional Yasuní"; por lo que, el Gerente General del PRAS invitó al contratista a una reunión el día 01 de junio de 2016;
- Que,** el 20 de junio de 2016, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-1735, la Administradora de Contrato, Ing. Ana Quezada, envía al Ing. José Luis Cedeño, Gerente General del PRAS, el *Informe Técnico No. 5*, donde se concluye que: *"(...) la planilla de acopio de materiales NO se puede aprobar ya que no se cuenta con la aprobación del Fiscalizador ni con los respaldos necesarios (facturas) para que el contratante pueda verificar el monto presentado en la planilla de acopio de materiales"*;
- Que,** el 21 de junio de 2016, se realizó la segunda audiencia de mediación entre el Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente y el Ing. Yuri Hernán Cantos Molina, en donde se llevó el borrador de los acuerdos a los que se llegaría para continuar con la "CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ", además el Dr. Pedro José Crespo, Mediador de la Procuraduría General del Estado indicó que se debe presentar un Informe donde se incluya el análisis Financiero, Jurídico y Técnico para proseguir con la "Construcción de la Estación Científica dentro del Bloque 31 del Parque Nacional Yasuní";
- Que,** mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-1843 del 29 de junio de 2016, el Mgs. José Luis Díaz, Gerente Encargado del PRAS, manifiesta: *"(...) En 2016, por solicitud de la Gerencia del PRAS, se coordinó con el Sistema Nacional de Áreas protegidas (SNAP) el apoyo necesario para la evaluación del lugar para la construcción de esta Estación de Monitoreo Ambiental Permanente (...) y solicita se remitan los siguientes documentos:*

102

1. Informe del lugar escogido para construir para construir la Estación de Monitoreo Ambiental Permanente en el Bloque 31.

2. Informe del análisis de los planos originales con propuesta de rediseño”;

Que, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-2235 del 01 de agosto de 2016, la Administradora de Contrato, Ing. Ana Quezada, solicita a la Especialista de la Unidad Técnica Yasuni del PRAS, Ing. Ana María Martínez, se sirva proveer las coordenadas de la ubicación donde se construirá la estación Científica y datos del rediseño, dicha información deberá ser actualizada y deberá tener el respectivo soporte fotográfico;

Que, con Oficio No. MAE-PRAS-2016-0267 del 10 de agosto de 2016, el Dr. Edgar Ricardo Fuertes Calva, Gerente del PRAS, da a conocer al Ing. Yuri Cantos, (...) sobre la regularización ambiental del Puesto de Control y Monitoreo Permanente Límite Río Tiputini (abajo citado como: ESTACIÓN DE MONITOREO AMBIENTAL PERMANENTE (...)) y adjunta (en CD) el mapa y la base de coordenadas correspondientes al área de construcción y de influencia del proyecto”;

Que, el 22 de agosto de 2016, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-2513, la Ing. Ana María Martínez Chiliquinga entrega oficialmente las coordenadas de la ubicación donde se construirá la estación Científica y datos del rediseño, según la información técnica entregada por el Ing. David Alcázar y por el Servicio Nacional de Áreas Protegidas, respectivamente;

Que, mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-2514 del 22 de agosto de 2016, la Ing. Ana Lucía Quezada Vargas, en calidad de Administradora de Contrato remite el **Informe Técnico No. 6** a la Gerencia del PRAS, para continuar con el proceso de mediación de la “Construcción de la Estación de Investigación y Monitoreo Yasuni”;

Que, el 01 de septiembre de 2016, mediante Oficio No. MAE-PRAS-2016-0316, el Doctor Edgar Ricardo Fuertes Calva, Gerente del PRAS, informa a la Procuraduría General del Estado: “(...) esta institución considera que se encuentra en la imposibilidad de arribar acuerdos, con el contratista Ing. Yuri Cantos Molina, para lo cual solicito a Usted se elabore el acta correspondiente y se proceda al cierre del procedimiento aperturado en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado”;

Que, el 12 de septiembre de 2016, mediante Oficio No. 858, el Dr. Pedro Crespo MSc., remite al PRAS un ejemplar del Acta de Imposibilidad de Acuerdo No. 0163-CMIA-2016-QUI del 08 de septiembre de 2016 para los fines legales consiguientes;

Que, el 16 de septiembre de 2016, mediante Memorando Nro. MAE-PRAS-2016-3010, la Ing. Ana Lucía Quezada, Administradora del Contrato No. 1045, entrega el Informe No. 7 y recomienda al Gerente del PRAS, Dr. Edgar Fuertes: “(...) se inicie el proceso correspondiente para la ejecución de las garantías antes mencionadas (...)” y “(...) disponga a quien corresponda,

AL

realice la declaratoria de contratista incumplido al Ing. Yuri Cantos (Contrato No. 1045)".

- Que,** mediante Oficio No. MAE-PRAS-2016-0352 del 10 de octubre de 2016, el Gerente del Programa de Reparación Ambiental y Social (PRAS), Dr. Edgar Fuertes consultó al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, Eco. Santiago Vásquez lo siguiente: *"Con el propósito de dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante la respectiva resolución, luego de este análisis realizado, solicito de la manera más comedida, autorice a quien corresponda la absolución de la siguiente consulta: ¿Para calcular y aplicar las multas e intereses correspondiente incurridos por el contratista incumplido, se debe tomar en cuenta o no el periodo correspondiente al proceso de mediación solicitado por el PRAS mediante No. MAE-PRAS-2016-0088 del 31 de marzo de 2016?"*;
- Que,** mediante Oficio No. SERCOP-DAJ-2016-1491-0F, la Directora de Asesoría Jurídica, Abg. Alexandra Sierra, da respuesta a la consulta emitida por el PRAS y expresa: *"(...) la imposición de las multas correrá por cada día de retraso en las obligaciones contractuales, la misma que podrá subsanarse únicamente con el cumplimiento de la obligación correspondiente (...). En este sentido, la aplicación de la cláusula obligatoria de multas es potestad de la entidad contratante, la cual debe estar sujeta tanto al artículo 71 de la LONSCP cuanto al principio de proporcionalidad, debiendo las entidades contratantes dentro de su potestad para determinar y aplicar multas, observar las garantías, derechos y principios constitucionales como motivación y proporcionalidad entre la falta imputable al contratista y la sanción pecuniaria que le correspondiere, tomando en consideración además, la naturaleza de contratación, el objeto del contrato, así como las obligaciones derivadas del mismo, a fin de que la entidad contratante aplique el debido porcentaje para el cálculo de multas, con criterio de razonabilidad y proporcionalidad que debe existir entre las infracciones cometidas en la ejecución del contrato y las sanciones que aplique la entidad (...)"*;
- Que** mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2016-3601, de 21 de octubre de 2016, como alcance al memorando Nro. MAE-PRAS-2016-3010, de 16 de septiembre de 2016, la Ing. Ana Lucía Quezada Vargas, Administradora del contrato, remite la liquidación económica correspondiente al contrato Nro. 1045, "Construcción de la Estación Científica dentro del Bloque 31 del Parque Nacional Yasuní", como consecuencia de la información solicitada el 21 de octubre de 2016, a la Dirección Financiera del PRAS mediante memorando Nro. MAE-PRAS-2016-3602;
- Que,** mediante Memorando No. MAE-PRAS-2016-3597 del 21 de octubre de 2016, la Dirección Financiera del PRAS entrega la liquidación económica del Contrato No. 1045; y,
- Que,** ejercicio de las atribuciones que le confiere los artículos 95 y 146 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, y en ejercicio de la facultad concedida en el Art. 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

RESUELVE:

Art. 1.- TERMINAR: anticipada y unilateralmente el contrato Nro. 1045-2015, cuyo objeto es la **"CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN CIENTÍFICA DENTRO DEL BLOQUE 31 DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ"**, por el valor de (USD \$ 411.782,49 (CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 49/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) no incluido el IVA cuyo plazo de ejecución era de ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la suscripción del contrato; en virtud de lo previsto en el artículo 94 numeral 1 y 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por incumplimiento del contratista Ing. YURI HERNÁN CANTOS MOLINA; y, porque el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Art. 2.- DECLARAR: al Ing. YURI HERNÁN CANTOS MOLINA, como CONTRATISTA INCUMPLIDO, de conformidad a lo prescrito en el Art.95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 146 de su Reglamento General, debido al manifiesto incumplimiento de las cláusulas: Tercera "Objeto del Contrato", cláusula sexta "Plazo"; y, Cláusula Décimo Segunda "Obligaciones del Contratista" del contrato en mención.

Art. 3.- DISPONER: al Contratista Ing. YURI HERNÁN CANTOS MOLINA, para que en el término de 10 días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, proceda con la devolución de los valores entregados por concepto de ejecución del contrato No. 1045 y el valor correspondiente a las multas conforme el siguiente detalle:

Fecha suscripción del contrato: 12 de octubre de 2015
Plazo ejecución de obra: 120 días calendario contados a partir de la suscripción del contrato
Precio del Contrato: 411.782,49 USD (CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS CON 49/100 DÓLARES AMERICANOS)
Fecha en la que fenece el plazo contractual: 09 de febrero de 2016
No. días para cálculo multas: 254 días (valor que se considera desde el 10 de febrero de 2016 hasta el 21 de octubre de 2016).
Valor multa por día: 411,78 USD (CUATROCIENTOS ONCE CON 78/100 DÓLARES AMERICANOS)
Por lo que, el valor de las multas aplicadas por el incumplimiento del Contratista, Ing. Yuri Cantos, corresponde a 104.592,12 USD (CIENTO CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS CON 12/100 DÓLARES AMERICANOS).

Art. 4.- NOTIFICAR: inmediatamente al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) de conformidad a lo establecido en los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, artículos 146 y 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de que se inscriba como contratista incumplido en el Registro de Incumplimientos al ING. YURI HERNÁN CANTOS MOLINA.

Art. 5.- DISPONER: a la Dirección Administrativa y de Talento Humano del programa de Reparación Ambiental y Social PRAS del Ministerio del

Ambiente, la publicación de la presente Resolución de Terminación Unilateral del contrato en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

- Art. 6.- DISPONER:** a la Unidad del Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente, incluir al ING. YURI HERNÁN CANTOS MOLINA, en el listado de las personas y/o empresas que han incumplido contratos con esta institución, cuya publicación se la realizará en el portal institucional, al tenor de lo prescrito en el Art. 7, letra j) de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Art. 7.- NOTIFICAR:** con el contenido de la presente Resolución al Ing. Yuri Hernán Cantos Molina (contratista), Ing. David Alejandro Herrera Herrera (fiscalizador de la obra), y al Ing. Ana Lucía Quezada Vargas (Administradora del contrato).
- Art. 8.- NOTIFICAR:** a la Contraloría General del Estado, para que se sirva a realizar una investigación sobre todo el contrato y determinar responsabilidades en virtud de lo que la ley dispone.

DISPOSICION FINAL:

De la ejecución de la presente resolución encárguese la Dirección Jurídica, Unidad de Planificación y Unidad Técnica de Apoyo al Parque Nacional Yasuní del Programa de Reparación Ambiental y Social del Ministerio del Ambiente.

La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el portal de COMPRAS PÚBLICAS, www.compraspublicas.gob.ec.

Notifíquese y Cúmplase,

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, los 21 días del mes de octubre de 2016.



Dr. Edgar Ricardo Fuertes Calva.

**Gerente del Programa
de Reparación Ambiental y Social
MINISTERIO DEL AMBIENTE**

